

CAPÍTULO TERCERO
SELECTIVIDAD

I. La pirámide de los conflictos.	113
1. Selectividad	118
2. Reglas de competencia y funciones de los tribunales. . .	120
3. ¿Es la justicia un mercado? La dinámica de la oferta y la demanda	125
4. Factores económicos, sociales y jurídico-institucionales	130
II. Selectividad vertical	133
1. Proceso	133
2. Resultados	151
III. Selectividad horizontal	173
1. La Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) y la in- fraestructura para evitar los litigios	174
2. Comparación entre el litigio judicial y sus alternativas.	184

CAPÍTULO TERCERO

SELECTIVIDAD

I. LA PIRÁMIDE DE LOS CONFLICTOS

El proceso de selección que sufren los conflictos que llegan al campo judicial ha sido frecuentemente descrito como una “pirámide”. La base de la pirámide está formada por un universo particular de conflictos sociales, el cual se considera relevante para un propósito de investigación específico, como pueden ser los conflictos de familia que llevan al divorcio. Los conflictos son el resultado del rechazo de un agravio sentido, o de la afirmación de pretensiones incompatibles respecto de un mismo recurso. A fin de que puedan ser reconocidos como tales, los conflictos tienen que haber pasado primero un proceso de transformación. Por ejemplo, es necesario que la experiencia de un daño se considere como causa legítima para un conflicto.⁴³⁶

Lo anterior no significa que un conflicto tenga que conducir siempre a un procedimiento judicial. Para que ello ocurra, es necesario, primero, que el conflicto sea definido como una *controversia jurídica* o un *caso* susceptible de ser resuelto por un mecanismo jurídico. Pero aún en ese supuesto, es posible que el conflicto no llegue a la etapa judicial, porque siempre están abiertas otras posibilidades, como el abandono de la pretensión, la transacción o la solución por un medio alternativo. En cualquier caso, sólo una proporción mínima de conflictos en la sociedad llegan a los tribunales, pues en su mayoría son filtrados y eliminados en cada etapa sucesiva de transformación.

El *Civil Litigation Research Project* (CLRP), por ejemplo, ha documentado este proceso al tratar de determinar cuándo y cómo un evento se considera dañino, así como los factores que contribuyen a que éste se desarrolle como conflicto, incluyendo su definición como controversia jurídica.⁴³⁷

⁴³⁶ Véase Miller y Sarat (1981, p. 527) y Abel (1973).

⁴³⁷ Felstiner *et al.* (1980-1981).

Igualmente ha intentado cuantificar la “tasa de conflictos”, estimada respecto de una línea de base preestablecida (por ejemplo, número de consultas médicas), pero cuando no es posible determinar una línea de base, se pretende estimar la “tasa de litigios”, o al menos, el grado de participación de abogados y tribunales en los conflictos relevantes.⁴³⁸ Así, de acuerdo con una encuesta telefónica a hogares en los Estados Unidos que intentaba identificar la ocurrencia entre la población de conflictos de carácter civil susceptibles de ser llevados ante los tribunales o a alternativas no judiciales, así como la forma en que fueron tratados estos conflictos,⁴³⁹ determinó que en sólo una proporción muy pequeña de casos (un cuarto o menos, con excepciones) las partes acudían a los servicios de los abogados, mientras que llevaban la controversia a juicio (generalmente entre un 3 y un 20%, dependiendo del tipo de problema) de manera todavía menos frecuente.⁴⁴⁰

Un estudio similar realizado a fines de los años noventa en Inglaterra y Gales encontró que, entre una muestra aleatoria de 4,125 personas, un 40% había experimentado uno o más “problemas justiciables” en los cinco años anteriores.⁴⁴¹ De una segunda muestra de 1,134 personas, seleccionadas entre las del primer grupo que habían experimentado un problema justiciable, 5% no habían hecho nada respecto de él; un tercio (35%) trató de resolver el problema sin ayuda; el resto (60%) intentó obtener ayuda o consejo de un asesor externo.⁴⁴² Un 20% de los entrevistados había iniciado un procedimiento jurídico o había tenido que defenderse de las acciones jurídicas de otros, pero sólo en un 14% de los casos había concluido el asunto a través de una resolución de un tribunal u *ombudsman*. Por supuesto, estos porcentajes varían entre los distintos tipos de problemas. La participación en procedimientos jurídicos era más común en los casos de divorcio y separación (62%), DSS y asuntos del tribunal de la educación (38%), la propiedad (37%), problemas laborales (21%) y lesiones por accidente (14%).

⁴³⁸ Miller y Sarat (1981).

⁴³⁹ *Ibidem*, pp. 534 y ss.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, pp. 537 y 543.

⁴⁴¹ Genn (1999, pp. 21 y ss.). “Un «problema justiciable» se define, para los efectos de ese estudio, como un asunto (no trivial) experimentado por el entrevistado y que planteó cuestiones jurídicas, independientemente de que éste lo reconociera o no como ‘jurídico’ y de que el entrevistado haya tomado medidas para manejar el evento que implicaran el uso de cualquier sector del sistema de justicia civil” (pp. 12 y ss.).

⁴⁴² Genn (1999, p. 68).

Dicha participación era mucho menos común en los conflictos entre vecinos (2%) y en problemas del consumo (5%).⁴⁴³

Un fenómeno similar se puede encontrar en el ámbito penal. Aquí, la “selectividad de la persecución penal” significa el fenómeno por el cual sólo una fracción del número total de delitos cometidos en la sociedad llega al sistema de justicia penal y concluye en una sentencia. Así, por ejemplo, de un total de 4 millones 72 mil delitos denunciados o conocidos por las autoridades de la República Federal de Alemania en 1981, solamente se resolvieron 1 millón 845 mil (46%), de los cuales 1 millón 65 mil (26% del total de delitos) condujeron a un procedimiento judicial, y finalmente, sólo se pronunciaron 385 mil sentencias condenatorias, es decir, en menos del 10% del total de delitos denunciados.⁴⁴⁴ Para numerosos observadores, la selectividad del proceso penal equivale a discriminación social, en la medida en que hay mayor probabilidad de que se acuse a las personas pobres y marginadas que a los miembros de las clases más favorecidas. Si bien esta percepción no carece de fundamento, en realidad es la compleja interacción de diversos factores y múltiples etapas, tales como el tipo de delito, los antecedentes penales de los acusados, la disposición de la población a denunciar los delitos, el grado de efectividad policial,⁴⁴⁵ las políticas del fiscal y de los tribunales, los que determinan, en última instancia, el grado de selectividad del sistema de justicia penal.⁴⁴⁶

La imagen de la pirámide y el carácter marginal de la intervención de los tribunales se hacen más claros en ciertos campos, como los asuntos fisca-

⁴⁴³ Genn (1999, pp. 150 y ss.).

⁴⁴⁴ Rottleuthner (1987, p. 123). Mientras más complejos son los factores intervinientes, más se diluye el status socioeconómico como explicación de la selectividad. Esta observación ha sido hecha en estudios que tratan de relacionar el SSE (status socio-económico) de los acusados en los resultados de asuntos penales. Douglas (1994, p. 99): “Después de todo, si uno controla todos los procesos por los cuales el SSE pudiera afectar el resultado, uno apenas puede esperar encontrar que el SSE sigue estando relacionado con el resultado”.

⁴⁴⁵ De acuerdo con los datos citados, la policía alemana logró resolver sólo el 46% de los delitos, mediante la identificación y detención de los presuntos responsables. En otras partes, como la ciudad de México, la policía tiene mucho menos éxito. En 1995, y de acuerdo con las estadísticas oficiales, se denunciaron ante el Ministerio Público 218,599 delitos, pero sólo se acusó formalmente a 5,479 presuntos responsables ante los tribunales (2.5%). Véase Ruiz Harrell (1995, pp. 18 y ss.). Pero aún si la policía es extremadamente ineficiente, los factores que influyen en la efectividad pueden producir resultados similares a los que se observan en otras partes.

⁴⁴⁶ *Cfr.* Rottleuthner (1987, pp. 125 y ss.).

les, en que las posibles controversias son exclusivamente de naturaleza jurídica y en las que, por la misma razón, el mecanismo adecuado para su resolución es también de carácter jurídico. Así, por ejemplo, en 1974 los contribuyentes estadounidenses presentaron un total de más de 121 millones de declaraciones de impuestos federales. De las más de dos millones de declaraciones revisadas por la autoridad, la sección de apelaciones del *Internal Revenue Service* recibió más de 18,569 reclamaciones; de éstas derivaron 9,932 demandas ante los tribunales de primera instancia; los tribunales de apelaciones resolvieron solamente 363 asuntos y, finalmente, la Suprema Corte de los Estados Unidos, en la cúspide de la judicatura norteamericana, tuvo que resolver solamente cuatro asuntos.⁴⁴⁷

El modelo de la pirámide de los litigios ha sido criticado por ser excesivamente simple y lineal, y por no tomar en cuenta las complejas vías que pueden tomar los conflictos.⁴⁴⁸ El modelo de la pirámide implica, en esta visión, un enfoque centrado en los tribunales que no corresponde a la realidad. Desde la perspectiva de los métodos que existen para manejar los conflictos, los tribunales representan sólo una de numerosas posibilidades, y los complejos factores que influyen en el desarrollo de un conflicto no justifican considerar los procedimientos judiciales como su “meta” natural. Y aún si los problemas y los conflictos a los que se enfrentan las personas comunes se definen, de entrada, como “problemas justiciables”, es decir, asuntos que plantean cuestiones jurídicas susceptibles de resolución por los tribunales, es posible mostrar que pueden seguir muchas vías que no necesariamente implican un mandato o resolución finales de un tribunal.⁴⁴⁹

Sin embargo, lo que pretendemos adoptar aquí es justamente un enfoque centrado en los tribunales, pues estamos analizando los factores sociales y de otra naturaleza que afectan su desempeño. No obstante, y en parte debido a la necesidad de reconocer los efectos de otros mecanismos de solución de controversias sobre la demanda de servicios judiciales, se propone modificar la noción de selectividad vertical implícita en el modelo de la pirámide a través del criterio de la selectividad “horizontal”. De acuerdo con éste, la demanda de servicios judiciales sería resultado de la combinación de la selectividad vertical y la horizontal.

⁴⁴⁷ Hurst (1980-1981, p. 429).

⁴⁴⁸ *Cfr.* Griffiths (1983, pp. 174 y ss.).

⁴⁴⁹ Genn (1999, pp. 150 y ss.).

También se ha dicho que el modelo de la pirámide es deficiente porque sugiere un avance continuo y sin cesura de los conflictos hacia arriba de la pirámide y la jerarquía judicial. Sin embargo, en la realidad existen importantes barreras formales al acceso a los tribunales, es decir, que dicho acceso está rodeado de ciertas formalidades y está sujeto a requisitos específicos que subrayan la diferencia entre las dimensiones interna y externa de los tribunales. Además de las barreras económicas, sociales, culturales y organizacionales, el acceso a los tribunales está regido por las respectivas reglas de competencia. En particular, dichas reglas deben definir cuál es el “punto de entrada” adecuado al sistema judicial: el tipo apropiado de tribunal y el tipo apropiado de procedimiento. Esto significa, de hecho, que el modo en que el sistema trata los conflictos *define* también la controversia misma, las posibilidades, pero también los límites, de su resolución. Un buen ejemplo de ello sería la discusión en torno a las llamadas “causas menores”.

Por último, la demanda de servicios judiciales puede estar sujeta a un grado limitado de retroalimentación. Los niveles de litigio pueden verse también afectados por el modo en que los tribunales manejan las controversias; por los efectos sociales de sus resoluciones, incluyendo sus consecuencias económicas; por la tasa de cumplimiento e implementación, etcétera. Cabría esperar —como postula un principio económico general— que la oferta y la demanda llegaran finalmente a un estado de equilibrio. El debate sobre la “explosión de los litigios”, en la que la demanda parece superar siempre la oferta, muestra que esto no es así. Hay que tener en cuenta que, si bien existen diversas opciones y posibilidades para resolver los conflictos, éstas no constituyen un mercado competitivo en sentido estricto, ni los ciudadanos pueden considerarse, estrictamente hablando, como consumidores que ejercen influencia sobre el nivel de la oferta a través del poder que tienen para escoger la cantidad y la calidad de los “servicios de justicia” disponibles. Si bien es cierto que los criterios de selectividad y eficiencia requieren que el sistema judicial seleccione únicamente el número y tipo de casos que puede procesar adecuadamente, la manipulación de la demanda o la oferta de servicios judiciales rara vez logrará introducir cambios fundamentales en un proceso dinámico que se ve afectado por factores complejos.

1. *Selectividad*

Como ya se dijo, el concepto de selectividad significa el grado de discriminación entre las controversias sociales que potencialmente pueden llegar a los tribunales y el número de las que efectivamente se presentan ante ellos. En términos ideales, el proceso de selectividad debiera operar de tal modo que solamente los conflictos “relevantes”, “importantes” o “reales”, como quiera que se definan, sean manejados por los tribunales, mientras que las controversias “no relevantes” sean desechadas o excluidas.⁴⁵⁰ Son varias las razones por las cuales este proceso no funciona así en la vida real, tales como las siguientes:

- La formulación general, abstracta y formal de las reglas de competencia.
- Las barreras sociales, económicas y culturales para el acceso a los tribunales, las cuales ejercen presión a favor del abandono o el arreglo de los conflictos (de ahí, el problema de acceso a la justicia).
- Las múltiples funciones que desempeñan los tribunales.
- La necesaria intervención de los tribunales en ciertas clases de conflictos o para el logro de determinados resultados (por ejemplo, el cobro de deudas).

El intento de aumentar el grado de selectividad en favor de los conflictos “relevantes” es un proceso sin fin. Para tal propósito existen diferentes estrategias, tanto internas como externas a los tribunales. Los cambios que tienen el objetivo de descargar al sistema judicial (por ejemplo, a través de la introducción del divorcio sin culpa) casi siempre tienen un efecto real y positivo, al menos por algún tiempo. Pero el ideal último de la selectividad puede resultar ilusorio. Si vemos la selectividad en términos dinámicos, como si se tratara de un problema de equilibrio de la oferta y la demanda, seguramente encontraríamos que dicho equilibrio nunca se materializa. El “exceso” de demanda puede provocar ajustes continuos en la oferta, pero también los cambios en la oferta afectan los niveles de la demanda.

La selectividad posee dos dimensiones, una vertical y otra horizontal. La *selectividad vertical*, tal como la definimos aquí, corresponde estrecha-

⁴⁵⁰ Una fórmula similar puede verse en Simsa (1995, p. 18). Esto da cuenta de la relevancia de los mecanismos de solución extrajudiciales y su “efecto de filtro”.

mente al modelo “piramidal” de la solución de conflictos, es decir, que cada vez disminuye más la proporción de controversias que sobreviven las diferentes etapas de desarrollo y transformación. Dentro de la jerarquía judicial, el avance de las controversias está sujeto a criterios más precisos y controlables (apelación). La selectividad vertical se refiere también al tipo de tribunal y procedimiento apropiados para la entrada de los conflictos en el sistema judicial.

Por el otro lado, la *selectividad horizontal* se refiere al *continuum* de procedimientos y mecanismos de solución de conflictos, el cual va desde el proceso judicial tradicional y otros mecanismos a cargo de un tercero imparcial, como el arbitraje, la mediación y la conciliación, hasta la negociación y el arreglo entre las propias partes. En palabras de Martin Shapiro, existe un “*continuum* mediador” que comprende distintas formas de solución triádica de los conflictos. Los jueces y los tribunales “se encuentran sencillamente en un extremo del espectro, más que constituir una entidad absolutamente distinta”.⁴⁵¹ La discusión sobre los medios de resolución alternativa de conflictos (RAC) ha puesto también en evidencia que no existe una diferencia esencial entre un proceso formal ante los tribunales y otros procedimientos de solución de controversias. Por tal razón, la RAC puede coexistir ya sea con un proceso formal dentro del mismo tribunal (así, por ejemplo, en el llamado arbitraje anexo al tribunal),⁴⁵² o existir como alternativa fuera del sistema judicial, que será la situación que examinaremos de manera principal aquí.⁴⁵³

En ambos casos, la RAC contribuye a regular la demanda de servicios judiciales (a través del llamado “efecto de filtro”), en la medida en que la duración y los costos del procedimiento judicial sean comparables con los de los procedimientos alternativos. Dicho en otras palabras: la eficiencia judicial se verá afectada por la eficiencia de los medios de RAC. Por esta sola razón, la RAC amerita un análisis como componente de la selectividad judicial. También hay que considerar que la selectividad es un proceso dinámico y que la discusión sobre la eficiencia judicial se centra en parte en la transferencia del tratamiento de los conflictos desde los tribunales hacia la RAC.

⁴⁵¹ Shapiro (1981, pp. 2 y ss., 8).

⁴⁵² Encontramos aquí un punto de contacto entre el aspecto de la selectividad y el problema de la capacidad de procesamiento, que se aborda en el siguiente capítulo.

⁴⁵³ Véase también la distinción, propuesta por Shavell (1995a) entre acuerdos de RAC *ex ante* y *ex post*.

Aún si existe un *continuum* entre el litigio judicial y otros mecanismos “alternativos” de resolución de conflictos, siempre estará presente una frontera o umbral formales entre ambos tipos de procedimiento. La frontera está marcada por los requisitos formales para el acceso a los tribunales. Las ventajas de que supuestamente gozan los procedimientos menos formales en relación con el proceso formal muestran indirectamente que la frontera tiene efectos significativos. Más aún, si bien la existencia de mecanismos de RAC dentro de los mismos tribunales (mediación, conciliación, arbitraje) puede reducir las barreras de acceso al sistema judicial e incrementar los niveles de litigiosidad, no por ello se vuelve irrelevante el umbral de acceso.

Otro importante umbral o frontera existe entre el campo social y el jurídico. Como se señalará más adelante, los conflictos no avanzan en forma continua desde el ámbito no jurídico hacia el jurídico, y desde ahí hacia los tribunales. Muchas controversias no alcanzan una etapa jurídica formal, aunque no porque no sean susceptibles de convertirse en conflictos jurídicos. La naturaleza jurídica que puede asumir una controversia depende en parte de la persona, la instancia u organismo hacia la cual se canaliza en primer término (abogado, centro de información, etcétera). Tales personas, organizaciones o dependencias pueden estar parcialmente aisladas unas de otras, lo que se traduciría en un escaso número de transferencias entre ellas, como lo muestra un estudio realizado en cuatro ciudades en Alemania y que se resumirá más adelante.

2. Reglas de competencia y funciones de los tribunales

Las reglas de competencia definen cuáles tribunales pueden conocer de cuáles controversias.⁴⁵⁴ Los conflictos tienen que ser formulados en términos jurídicos, es decir, como controversia jurídica, y su alcance tiene que ser reducido de tal modo que puedan ser procesados por un tribunal. Este requisito tiene una consecuencia importante, que es la de cortar parcialmente el

⁴⁵⁴ Por supuesto, las normas jurídicas sustantivas también desempeñan un papel importante en términos de selectividad. Pero partimos de la suposición de que se trata de un caso de autoselectividad, por decirlo así, por las partes contendientes mismas, es decir, que su decisión de acudir a tribunales será afectada por su estimación del resultado. Véase el modelo económico de la selección de los conflictos para su resolución judicial descrito en el capítulo anterior.

vínculo entre la controversia jurídica y el conflicto social que le da origen. De hecho, la gran mayoría de las controversias procesadas por los tribunales sólo son tales en términos formales, es decir, no se trata necesariamente de conflictos “reales”, sea porque las partes ya se encuentran de acuerdo o porque los demandados decidan no contestar la demanda. Así, la definición formal puede tener un impacto significativo sobre las funciones que desempeñan los tribunales mismos. Otras formalidades y requisitos que acompañan al concepto de controversia jurídica y que ejercen un considerable efecto selectivo sobre ellas incluyen requisitos tales como el de interés jurídico de las partes, la madurez de la controversia, etcétera.

Normalmente, las reglas de competencia son establecidas por los cuerpos legislativos. Sin embargo, los tribunales ejercen significativas facultades de interpretación al aplicarlas. Así, aunque se supone que se trata de organizaciones “pasivas” que solamente están esperando que los ciudadanos o las autoridades acudan a ellas, lo cierto es que los tribunales tienen la capacidad de determinar y “manipular” en cierto grado sus cargas de trabajo, al resolver de qué asuntos conocerán y cuáles van a desechar. Tal decisión se produce frecuentemente después de que se ha presentado y admitido una demanda. El tribunal puede determinar la ausencia de algún requisito formal, lo que le permite desechar la demanda. En otros casos, los tribunales, en particular los de más alta jerarquía, poseen facultades discrecionales para escoger los asuntos de los que conocerán cuando cumplan ciertos criterios de relevancia.

En resumen, las reglas de competencia, y los tribunales mismos a través de sus criterios de interpretación, ejercen una poderosa influencia selectiva sobre los litigios. Por tal razón, y debido a la facilidad relativa con la que pueden modificarse, las reglas de competencia constituyen siempre el primer objetivo de las reformas encaminadas a reducir un exceso de demandas. Una leve modificación de esas reglas significa que categorías enteras de asuntos serán transferidas a otros tribunales, a otros mecanismos de solución de controversias, o incluso dejarán ser materia de un procedimiento judicial. Esta parece ser una estrategia recurrente siempre que algunos tipos de asuntos se convierten en fenómeno de masas, en muchas ocasiones porque no están apoyados en conflictos “reales”. En tales circunstancias, se cambian las reglas de competencia para transferir asuntos o para sacarlos por completo de los tribunales. Las partes contendientes, en particular las instituciones, pueden desarrollar también estrategias y mecanismos para evitar, de manera efectiva, el recurso a los tribunales.

Existe una tensión inevitable entre los criterios ideales de la selectividad, tal como se han incorporado en las reglas de competencia, y las funciones reales que se demanda a los tribunales ejercer en la sociedad. El modelo de cuatro funciones propuesto por Erhard Blankenburg⁴⁵⁵ puede ser de utilidad para visualizar esta tensión. El modelo se basa en dos variables, “predictibilidad de los resultados” y “acuerdo entre las partes”. Cada una de estas variables, por su parte, puede asumir el valor “alto” o “bajo”, como se muestra en la siguiente tabla:

TABLA I
MODELO DE LAS CUATRO FUNCIONES DE LOS TRIBUNALES
(Blankenburg 1981-82)

<i>Predictibilidad del resultado</i>		
<i>Acuerdo entre las partes</i>	Baja	Alta
Bajo	I. Litigio contradictorio	III. Ejecución
Alto	II. Mediación	IV. Función notarial

La celda “I” representa el litigio “real”, en el que no hay acuerdo entre las partes ya sea sobre cuestiones de hecho o de derecho y, por ello, recurren a un tercero para resolverlas. La celda “II” implica un acuerdo parcial entre las partes, el cual deja espacio para la mediación. En el caso de la celda “III”, el demandante y el demandado están conscientes de quién ganará el asunto, por lo que el procedimiento iniciado por el primero (pero quizá provocado por el segundo) tiene el propósito de ejecutar o generar un título, como sucede con una deuda que, por alguna razón, el demandado no quiere o no puede pagar. En el supuesto de la celda “IV”, la intervención del tribunal tiene el objetivo de certificar un acuerdo previamente alcanzado por las partes, a fin de conferirle formalidad y validez. Esto sucede, por ejemplo, en asuntos no contenciosos, como la mayoría de las demandas de divorcio, en los que el tribunal desempeña un rol formal, pero necesario para dar validez jurídica al acuerdo previo entre las partes.⁴⁵⁶

Desde el punto de vista de la selectividad ideal, el orden de las funciones (I-IV) refleja también el supuesto grado de prioridad que tienen para los tri-

⁴⁵⁵ Véase, por ejemplo, Blankenburg (1981-1982, p. 613).

⁴⁵⁶ *Idem*.

bunales. Así, las reglas de competencia deberían permitir, preferentemente, el ingreso de los asuntos correspondientes a las celdas I y II, y filtrar, dejando fuera en la medida posible, los de las celdas III y IV. Paradójicamente, desde un punto de vista numérico, los asuntos tipo III son los que predominan en la mayoría de las jurisdicciones. ¿Significa esto que hay que cambiar las reglas de competencia a fin de lograr la selectividad “ideal”?

Tal resultado no parece ni deseable ni posible en vista de varias otras consideraciones importantes. Primeramente, hay que recordar que, si bien es recomendable que los conflictos “reales” sean resueltos o tratados por los tribunales, la formalidad de las reglas de competencia y, en términos más generales, la separación entre el campo jurídico y otros campos sociales, no permiten considerar las controversias “jurídicas” como equivalentes a los conflictos “reales”. Los tribunales pueden utilizar esta distinción con el propósito de lograr una selectividad más elevada, pero esto puede parecer problemático o arbitrario incluso. En segundo lugar, los tribunales, lo mismo que otras instituciones, realizan muchas otras funciones, además de la resolución de conflictos,⁴⁵⁷ función ésta que tradicionalmente se considera como su tarea central. La ejecución resulta especialmente importante como función primordialmente económica. Y, por último, las funciones de los tribunales están sujetas a un proceso dinámico de redefinición. Consecuentemente, en vez de esperar que los tribunales se concentraran ideal o exclusivamente en una función particular, el compromiso que hay que encontrar entre las diversas funciones que desempeñan deberá dejar espacio para tal proceso de redefinición, la cual puede justificadamente perseguir el objetivo de la eficiencia, entre otros.

Los llamados tribunales menores o de pequeñas causas (“*small claims courts*”) ofrecen un ejemplo interesante de la compleja interacción entre (1) las reglas de competencia que definen cuáles controversias deben considerarse “pequeñas”; (2) la justificación básica de tales instituciones, que es la de proporcionar al ciudadano común acceso a una justicia rápida y barata; (3) las funciones que dichos tribunales desempeñan en la realidad, y (4) el *continuum* que existen entre los procedimientos judiciales formales y otros mecanismos menos formales de solución de conflictos.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ Véase, por ejemplo, Galanter (1983b).

⁴⁵⁸ Los tribunales de pequeñas causas son más bien típicos de los países del *common law*, pero otros sistemas poseen instituciones más o menos equivalentes (por ejemplo, los juzgados de paz). Véanse los ensayos reunidos en Whelan *et al.* (1990).

Los tribunales de pequeñas causas surgieron en los Estados Unidos fundamentalmente en respuesta a la percepción de que la justicia ordinaria dispensada por los tribunales era demasiado compleja y costosa para el ciudadano “pobre”, quien se veía privado por ello de la oportunidad de reclamar sus derechos.⁴⁵⁹ Se consideró entonces que la solución radicaba en establecer tribunales de cuantía limitada, con un procedimiento simplificado y menos formal, y sin necesidad, o una necesidad reducida, de acudir a un abogado.

Sin embargo, una serie de estudios empíricos realizados en los sesenta y setenta, como parte del movimiento de defensa de los consumidores, descubrió que los tribunales de pequeñas causas no estaban realizando las funciones para los que se habían establecido.⁴⁶⁰ Resultaba así que eran utilizados mayormente como agencias de cobro de deudas por empresarios y negociantes, representados frecuentemente por abogados, contra deudores individuales.⁴⁶¹ En consecuencia, el porcentaje de asuntos ganados en rebeldía por los demandantes era muy alto.⁴⁶² Además, la suposición de que las causas “menores” eran “simples” resultó ser palmariamente falsa en muchos casos.⁴⁶³ Por tanto, la impresión que se obtenía del funcionamiento de estos tribunales es que realmente se habían creado con el propósito de eliminar de los archivos del sistema judicial formal ciertos asuntos cuya cuantía se hallaba por debajo de una cantidad determinada, o de crear y preservar oportunidades profesionales para los abogados.⁴⁶⁴

Como consecuencia de estas conclusiones, se han hecho numerosas propuestas con el objetivo de hacer más efectivos a los tribunales de pequeñas causas *como tribunales*, incluso si ello implica introducir algunas características de la RAC en su modo de funcionamiento.⁴⁶⁵ Sin embargo, y con

⁴⁵⁹ Véanse Yngvesson y Hennessey (1975) y Steele (1981).

⁴⁶⁰ Para un resumen y una crítica de algunos de estos estudios, véase Yngvesson y Hennessey (1975, pp. 228 y ss.). Véase también Weller *et al.* (1990), que resumen un estudio realizado a fines de los años setenta en quince tribunales de pequeñas causas en varias ciudades de los Estados Unidos.

⁴⁶¹ Celda III en lugar de las celdas I o II en el modelo de Blankenburg citado arriba.

⁴⁶² Yngvesson y Hennessey (1975, pp. 247 y ss.) examinan las diferentes explicaciones de este hallazgo. Véase también Weller *et al.* (1990, pp. 9 y ss.), quienes afirman que este solo hecho no justifica prohibir a las agencias de cobro el uso de estos tribunales. Un concepto diferente de lo que significa ganar y perder en los tribunales de pequeñas causas, el cual evita la fórmula del “todo o nada”, puede verse en Vidmar (1984).

⁴⁶³ Yngvesson/Hennessey (1975, pp. 226 y 258).

⁴⁶⁴ *Ibidem*, pp. 258, 226 y ss., 256 y ss.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, pp. 262 y ss.

independencia de que este objetivo sea realizable, los tribunales de pequeñas causas no pueden escapar a una restricción económica fundamental. Por lo común, el costo de resolver una controversia es inversamente proporcional a la cuantía en disputa, de modo que, sin importar los méritos de estas causas y la conveniencia de que un tribunal conozca de ellas y las resuelva, en general los contendientes no acudirán a ellos si, en términos monetarios, tales causas son en verdad demasiado “pequeñas”.

3. *¿Es la justicia un mercado? La dinámica de la oferta y la demanda*

Uno de los principios centrales de la teoría económica sostiene que la oferta y la demanda alcanzarán el equilibrio en algún momento, es decir, un estado en que el costo marginal de producir un producto y el de consumirlo son el mismo. El estado en el que costo social marginal es igual a la ganancia social marginal resulta eficiente.⁴⁶⁶ Un equilibrio eficiente se alcanza solamente si se satisfacen ciertas condiciones, tales como la existencia de un mercado competitivo, en el que la información fluye por igual a todos los agentes económicos y en el que los costos de transacción son insignificantes. Sin embargo, en el mundo real rara vez se cumplen estas condiciones. Por tanto, el concepto de equilibrio es de más utilidad como herramienta analítica o como criterio de evaluación económica que como descripción del funcionamiento real del sistema económico.

Aquí no nos ocuparemos de estos problemas de la teoría económica. En cambio, examinaremos brevemente el problema de la selectividad en términos de oferta y demanda de los servicios de los tribunales. Para tal efecto supondremos que éstos son “productores” de uno o más “bienes” (en realidad, “servicios”),⁴⁶⁷ y que la cantidad y calidad de tales bienes se ven afectadas de algún modo por el nivel de la demanda y por la capacidad de los tribunales para satisfacerla.⁴⁶⁸ En este apartado examinaremos tres cuestiones particulares. La primera es si el funcionamiento de los tribunales puede

⁴⁶⁶ Mercurio y Medema (1996, pp. 14 y ss.).

⁴⁶⁷ Sobre la justicia como servicio véanse Gravelle (1995, pp. 279 y ss.) y McLean (2004).

⁴⁶⁸ Landes y Posner (1979) afirman que los tribunales producen dos bienes básicos, que son la resolución de controversias y la creación de normas, y que ambos bienes son intermedios, en el sentido de que pueden ser usados como elementos para la producción de bienes finales. Véase también Posner (1996, pp. 88 y ss.).

concebirse como un “mercado”, es decir, si, y en qué medida, tal funcionamiento responde a las leyes de la oferta y la demanda en un mercado competitivo. La segunda y tercera cuestiones se refieren a un problema conexo, pero más específico: ¿cómo responden los tribunales cuando se incrementa la demanda de sus servicios? ¿Por qué el exceso de demanda no sólo es posible sino un evento frecuente? La última pregunta es de gran relevancia desde el punto de vista de la eficiencia judicial. Con independencia de que aceptemos o no la existencia de una “explosión de los litigios”, resulta fácil darse cuenta de que por todas partes las cargas de trabajo de los tribunales tienden a incrementarse, no a reducirse. ¿Cuál es la respuesta eficiente a este incremento?

A primera vista, nada parece estar más alejado de un mercado competitivo que la forma en que operan los tribunales. En primer lugar, el funcionamiento de los tribunales se encuentra altamente subsidiado, lo cual significa que las partes no pagan el precio total de sus servicios, ya sea porque, como sucede en numerosos países, las costas judiciales no existen o porque sean muy reducidas, casi simbólicas.

En segundo lugar tenemos la cuestión de la *elección*. ¿Es que acaso las personas deciden realmente acudir a los tribunales? Cuando desean obtener una resolución *obligatoria y ejecutoria* en relación con una controversia, no parecen tener más opción que acudir a la justicia estatal, porque los tribunales tienen, en última instancia, el monopolio de tal servicio. Sin embargo, si su interés radica más bien en un *arreglo*, la pregunta será entonces: ¿cuál es la relación que existe entre las diversas formas del “*continuum* mediador” —procedimiento judicial, arbitraje, conciliación y mediación— en términos de elección? ¿Tienen los ciudadanos, al menos en su calidad de demandantes, la libertad de escoger el mecanismo más conveniente para sus conflictos, necesidades y presupuesto? Y si esto es así, ¿se genera, por tanto, entre esos mecanismos una competencia tal que lleve a un “servicio” más eficiente? Dicho en otras palabras: ¿hay un “mercado” para la justicia en el que los ciudadanos, como si se tratara de consumidores, compran (y a veces venden) un servicio específico que consiste en la resolución de conflictos?

Desde los años sesenta, pero sobre todo en los setenta y ochenta, se comenzó a exponer y criticar rigurosamente los inconvenientes del proceso judicial como proveedor de “justicia”. La justicia que administran los tribunales, se decía, es demasiado costosa, lenta, complicada, formalista,

excluyente y antagónica.⁴⁶⁹ Por estas razones, entre otras, se proponía los mecanismos de RAC como alternativa al sistema judicial formal, una alternativa que no estaba plagada por los males que se atribuían al litigio judicial. Se suponía que la RAC era más rápida y barata, menos formal, y por tanto, más accesible, menos antagonista y, por ello, más favorable a la supervivencia de las relaciones sociales; incluso podía ser más atractiva desde un punto de vista técnico o experto (como sucede, por ejemplo, en el caso del arbitraje comercial).

Ahora tenemos una visión más desencantada pero más precisa: la RAC no es necesariamente más barata o rápida que la administración de justicia por los tribunales; tiene el riesgo de producir una justicia de segunda clase; tampoco puede cerrarse los ojos a sus deficiencias políticas e ideológicas; tiende, además, a sustituir la noción de derechos por una ideología que supone la existencia de una armonía comunitaria que debe ser restaurada mediante el arreglo y el compromiso.⁴⁷⁰ No obstante todo lo anterior, los mecanismos de RAC, tanto dentro como fuera de los tribunales, continúan proliferando, incrementando así la diversidad visible de las opciones al alcance del “consumidor” de servicios

La RAC ha marcado un cambio profundo en la manera en que es visto en la sociedad el derecho y su uso, un cambio que va más allá de las deficiencias de los tribunales. Como lo señala Mauro Cappelletti en relación con los movimientos de “acceso a la justicia” y de “justicia del consumidor”,⁴⁷¹ el derecho moderno ha sufrido un desplazamiento de perspectiva: desde la perspectiva de los “productores” del derecho (cuerpos legislativos, jueces, administradores públicos) hacia la de los “consumidores” del derecho, es decir, desde el lado de la “oferta” hacia el de la “demanda”.⁴⁷² Tal desplazamiento no resulta sorprendente, pues si el derecho es un instrumento en manos de individuos y grupos para la realización de sus fines particulares, más que un mal necesario, cabe esperar, como ocurre en otros campos de la vida social, que las personas busquen instrumentos e instituciones que sa-

⁴⁶⁹ Véanse, por ejemplo, Galanter (1980) y Röhl (1982).

⁴⁷⁰ Véanse, por ejemplo, Abel (1982a) y Edelman y Cahill (1998).

⁴⁷¹ Cappelletti (1993, pp. 145 y ss.).

⁴⁷² Al menos desde el punto de vista de los objetivos y la legitimidad del sistema de justicia. Más adelante señalamos que la demanda de servicios judiciales está determinada por la oferta disponible, la cual comprende los servicios proporcionados por los mecanismos alternativos.

tisfagan sus necesidades jurídicas. En este sentido puede decirse que dichas necesidades promueven la creación de un “mercado” de la justicia.

No obstante, la existencia de un mercado implica que la libertad irrestricta para comprar determina, a largo plazo, el tipo y precio de servicios que habrán de ofrecerse, porque la oferta se ajustará a la demanda en tanto haya la posibilidad de que los nuevos productores que entren en el mercado obtengan una ganancia. Pero ello no ocurre así en el “mercado” de la justicia. Como hemos visto, los ciudadanos no tienen plena libertad para escoger entre los múltiples mecanismos de resolución de conflictos a su alcance, mientras que la oferta no necesariamente se ajusta para lograr un equilibrio competitivo. Considérense, por ejemplo, los siguientes aspectos:

- Los demandantes pueden acudir voluntariamente a los tribunales, pero no siempre pueden hacerlo al tribunal de su preferencia (las reglas de competencia lo impiden); los demandados carecen de tal libertad. Si bien estos últimos pueden decidir no comparecer a juicio, ello les acarreará consecuencias negativas.
- Algunos mecanismos de RAC no son voluntarios, pero no conducen a una resolución obligatoria (por ejemplo, “arbitraje anexo al tribunal”, ciertas formas de conciliación), por lo que pueden llevar más adelante a un procedimiento judicial (por razones de constitucionalidad, en numerosos países no se puede denegar o renunciar al derecho a acudir a los tribunales).
- Algunos actos jurídicos requieren la necesaria intervención de un tribunal para adquirir validez jurídica.

En resumen, la resolución judicial puede considerarse como “bien privado”⁴⁷³ sólo en un sentido limitado, no sólo porque las partes carecen de plena libertad para escoger entre diversos proveedores de “servicios judiciales” en un mercado competitivo, sino también porque la resolución privada de controversias es incapaz de ofrecer otros servicios que se derivan de las actividades de los tribunales, como los precedentes y la jurisprudencia. Los precedentes públicos son también necesarios para el funcionamiento de una resolución privada de conflictos, pues ésta no puede operar en completa independencia de los sistemas jurídicos estatales.⁴⁷⁴ Más aún,

⁴⁷³ Cfr. Landes y Posner (1979) y el comentario de Carrington (1979).

⁴⁷⁴ El punto central del análisis que hacen Landes y Posner de la función judicial como bien privado (1979) es que los tribunales privados pueden ser más eficientes en algu-

la resolución de controversias no puede ser totalmente transformada en un negocio privado, porque si tuvieran que competir entre sí, los jueces tendrían siempre el incentivo de resolver a favor de los demandantes, que son quienes deciden acudir a los tribunales.⁴⁷⁵ De tal modo, la legitimidad social de la función judicial sufriría daño si los jueces y los tribunales no fueran percibidos como imparciales e independientes.⁴⁷⁶ Por ambas razones, la RAC funciona bajo la “sombra de la ley”, en el sentido de que no puede excluir por completo la intervención del sistema judicial oficial.

Por otra parte, aún si no hay un mercado real de la justicia, la existencia de alternativas a los tribunales *sí* afecta el tamaño y la composición de los asuntos judiciales. Cualquier intento por mejorar la eficiencia judicial tiene que tomar en cuenta que la cantidad y la calidad de los servicios judiciales se ven afectadas, hasta cierto punto, por el funcionamiento de los mecanismos alternativos.

Las mismas razones que obstaculizan el funcionamiento del sistema de justicia como mercado impiden que la oferta y la demanda de los servicios judiciales alcancen un equilibrio. Normalmente, un incremento en la demanda de bienes y servicios en un mercado privado puede tener uno o los dos siguientes efectos: el incremento del precio de esos bienes o servicios, lo cual debe contribuir a limitar la demanda al desalentar a los compradores que consideren que el nuevo precio está por encima del valor de los bienes o servicios de que se trate (otra consecuencia es que el comprador empiece a buscar bienes sustitutos); o bien, el incremento de la oferta, usualmente en el largo plazo, de modo que alcance un nuevo equilibrio con el nuevo nivel de la demanda.

Los sistemas judiciales pueden utilizar cualquiera de ambas estrategias para dar respuesta al incremento en la demanda de sus servicios. Por un lado, pueden incrementar el “precio” de tales servicios, por ejemplo, a través de una mayor dilación, ya que por lo común no les está permitido cobrar por ellos. Por el otro, los tribunales pueden ampliar la oferta de sus servicios mediante la designación de más jueces o la contratación de más personal; mediante la elevación de la “productividad” en el manejo de los asun-

nos aspectos en comparación con los tribunales estatales, pero que aquéllos carecen de los incentivos necesarios para cumplir con la función de creación normativa.

⁴⁷⁵ Landes y Posner (1979, p. 254).

⁴⁷⁶ Shapiro (1981, pp. 1 y ss.) examina con detalle el problema del colapso del proceso judicial en una relación de “dos contra uno”. La justificación central para forzar a un demandado a comparecer ante un tribunal es que el tercero es “imparcial” e independiente.

tos, por ejemplo, a través de la gestión de asuntos; o bien mediante una “selectividad” más elevada.⁴⁷⁷

Sin embargo, tales estrategias no pueden funcionar de la misma manera, directa y simple, en la que operan en un mercado. No es posible aumentar a voluntad la oferta de servicios judiciales, ya sea mediante la designación de más jueces y personal judicial, o a través del procesamiento más rápido de los asuntos. Así, un nivel más elevado de productividad se puede lograr, pero a costa de la “calidad” (justicia) del producto. El incremento en el “precio” de los servicios judiciales, bajo la forma de mayor dilación, puede desincentivar a algunos litigantes, aunque quizá no a un número suficiente de ellos como para operar como mecanismo de equilibrio (algunos de los desalentados recurrirán a la RAC). De manera alternativa, el desechamiento de un número creciente de asuntos que no cumplan ciertos criterios de relevancia puede no ser un mecanismo suficientemente efectivo para impedir que los justiciables presenten demandas.

En virtud de la posición cuasi-monopólica y subsidiada de los tribunales, pero también debido a que pueden servir a otros propósito de las partes (así, pueden ser de utilidad como medio para presionar a favor de un arreglo o del abandono de la controversia), la demanda de servicios judiciales no parece capaz de alcanzar un punto de equilibrio. Por el contrario, los tribunales parecen destinados a enfrentar siempre cargas de trabajo crecientes y a buscar mecanismos que les permitan manejar niveles más elevados de demanda sin comprometer las funciones sociales que desempeñan.⁴⁷⁸

4. Factores económicos, sociales y jurídico-institucionales

El modelo económico del litigio judicial, descrito en un capítulo anterior, se basa en la idea de que solamente los costos, de la naturaleza que sean, son determinantes en la decisión para interponer una demanda ante un tribunal. El modelo sociojurídico, por otro lado, identifica un conjunto variado de factores sociales que influyen en la misma decisión. Los modelos no son incompatibles entre sí, en la medida en que los factores sociales pueden ser fácilmente traducidos al lenguaje de los costos. Sin embargo, debido a que el modelo económico es más abstracto y general, resulta

⁴⁷⁷ Cfr. Pastor Prieto (1993, pp. 235 y ss.).

⁴⁷⁸ *Ibidem*, pp. 231 y ss., sobre el problema y las consecuencias de la demanda excesiva de servicios judiciales.

conveniente identificar, analizar y entender primero los factores sociales individuales.

Existen varios tipos de estudios sociojurídicos que examinan tales factores sociales. Uno de ellos son los “estudios longitudinales”, que tratan de establecer una relación estadística entre las cargas de trabajo de los tribunales y variables sociales tales como la población y el crecimiento económico a lo largo del tiempo.⁴⁷⁹ Otros estudios empíricos intentan identificar los factores específicos que afectan los niveles de litigio en cierto lugar y tiempo. Así, por ejemplo, un estudio sobre la predicción de las cargas de trabajo futuras de los tribunales en Alemania identifica y sistematiza los factores que influyen en dichas cargas,⁴⁸⁰ dividiéndolos en *factores sociales*, *factores del sistema jurídico* y *factores derivados del “nivel de filtro”*. Los factores sociales incluyen:

- Complejidad de las condiciones de vida.
- Formas del comportamiento social.
- Condiciones económicas marginales.
- Introducción de nuevas tecnologías.
- Cambios demográficos y socioestructurales.

Los factores del sistema jurídico comprenden:

- Costos.
- Atractivo de los tribunales como instituciones que solucionan conflictos.
- Certeza del derecho.⁴⁸¹
- Aceptación del derecho.

⁴⁷⁹ Véase *Law and Society Review*, vol. 24, núm. 2, 1990, así como las observaciones sobre esta cuestión de Pellegrini (1992), quien enfatiza el impacto de las variables “endógenas”, como la reforma procesal y la organización judicial, sobre las tasas de litigiosidad.

⁴⁸⁰ Véase Stock (1995, pp. 117 y ss.).

⁴⁸¹ ¡Y de las resoluciones judiciales! Existe un interesante estudio empírico de Hansen (1999) que vincula el método de selección de los jueces a la incertidumbre de las sentencias y las tasas de litigio. Utilizando tres conjuntos diferentes de datos estadísticos sobre los tribunales estatales, el estudio concluye que una mayor independencia judicial —la que es a su vez consecuencia de los métodos de designación de los jueces en comparación con la elección— tiene un efecto positivo neto sobre la incertidumbre de la resolución (en este caso, en controversias sobre la regulación de empresas de servicios públicos) y, por tanto, sobre mayores tasas de litigio ante los tribunales superiores (pero no ante los tribunales de primera instancia).

Los factores que derivan del “nivel de filtro” incluyen:

- Comportamiento en relación con las cuestiones jurídicas.
- Asesoría sobre el conflicto en el campo previo al tribunal.
- Influencia de los seguros de gastos jurídicos.
- Influencia de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos.
- Comportamiento de los abogados.

En varios estudios, Erhard Blankenburg⁴⁸² ha intentado identificar los factores que influyen en la oferta y la demanda de los servicios judiciales. Su estudio más ilustrativo es una comparación entre las “culturas del litigio” de los Países Bajos y el vecino *Land* alemán de Renania del Norte-Westfalia.⁴⁸³ Ambas regiones presentan fuertes similitudes en numerosos indicadores sociales, económicos y culturales. Por tanto, cabría esperar tasas de litigios similares. Sin embargo, dichas tasas son significativamente menores en los Países Bajos. En búsqueda de una explicación, Blankenburg muestra en qué medida el número más reducido de asuntos en ese país depende de la influencia de todo tipo de instituciones y mecanismos no judiciales que filtran los conflictos y contribuyen a evitar los procedimientos formales. Este resultado se debe a la compleja interacción de varios niveles institucionales, entre los cuales los tribunales son sólo un factor. Por tanto, su estudio indica que los factores institucionales pueden tener más peso en la explicación de las tasas de litigio que los valores sociales o las actitudes hacia los tribunales, como propone el concepto de “cultura jurídica” de Lawrence Friedman.

En conjunto, tales estudios indican que las cargas de asuntos de los tribunales no son una fuerza irresistible de la naturaleza, sino que se ven afectados de manera predecible por factores económicos, sociales y jurídico-institucionales que actúan fuera de los tribunales. Es cierto, por otra parte, que la oferta y la demanda de servicios judiciales no pueden ser tan fácilmente reguladas como las de otros servicios, debido a la complejidad de los factores implicados y al hecho de que la oferta y la demanda no crean un “mercado” de consumidores plenamente libre.

⁴⁸² Véase, por ejemplo, Blankenburg (1981-1982, 1994b).

⁴⁸³ *Idem*.

II. SELECTIVIDAD VERTICAL

1. *Proceso*

A. “Casos” y controversias

Las leyes procesales que regulan el acceso a los tribunales exigen formalmente que los asuntos de que conozcan posean un grado cierto de relevancia social y jurídica. Tales requisitos parecen cumplir una importante función económica: evitar una costosa marea de litigios. Los recursos escasos del poder judicial son demasiado valiosos para ser desperdiciados en litigios que no sean suficientemente importantes desde el punto de vista jurídico o que traigan escasos beneficios a las partes o a la sociedad. La eficiencia exige desalentar a los demandantes potenciales de acudir a los tribunales sin tener una causa “real”. Al mismo tiempo, las puertas de los tribunales debieran estar suficientemente abiertas para reparar los daños o las violaciones que hayan sufrido o estén por sufrir.

Así, por ejemplo, el artículo III, sección segunda, de la Constitución de los Estados Unidos extiende el poder judicial federal a los “casos y controversias” (expresiones consideradas como sinónimas) de cierto tipo. La jurisprudencia ha interpretado estos términos en el sentido de implicar una serie de requisitos que deben satisfacer las controversias para ser admitidas, tales como la legitimación y la “madurez” (*ripeness*),⁴⁸⁴ lo que significa que la parte actora tiene que haber sufrido un daño directo o tener interés directo en la resolución. Los asuntos también tienen que ser concretos y contradictorios, es decir, no se admiten casos hipotéticos o demandas “amistosas”. Por tanto, la cláusula de los “casos y controversias” ha sido interpretada en el sentido de que impide a los tribunales federales de los Estados Unidos dar “opiniones consultivas”, mientras que las dependencias administrativas no están impedidas de hacerlo.⁴⁸⁵

El análisis detallado de los llamados “juicios anticipados”, en los que los demandantes solicitan la opinión del tribunal sobre la hipotética legalidad o ilegalidad de un comportamiento futuro, más que la resolución de una controversia presente causada por hechos del pasado, puede contribuir a entender mejor los propósitos, en términos de selectividad, del requisito

⁴⁸⁴ Véase Currie (1990, pp. 6 y ss.) y Landes y Posner (1994, p. 683).

⁴⁸⁵ Landes y Posner (1994, pp. 684 y ss.).

de los “casos y controversias”. En un intento por descubrir la racionalidad económica de la prohibición general de los “juicios anticipados”, Richard A. Posner y William M. Landes concluyen que parte de la respuesta puede encontrarse en el riesgo de mayores costos: “Requeriría un consumo de enormes recursos exigir a los tribunales resolver controversias hipotéticas, contingentes, incoadas, prematuras, abstractas, todavía no suficientemente desarrolladas, mismas que, dejadas de lado por los tribunales, no necesitarían una resolución judicial”.⁴⁸⁶ Al parecer, los juicios anticipados pueden fomentar el número, y por tanto, el costo, de los errores judiciales. El riesgo de que se dicten resoluciones erróneas es mayor debido a la falta de un expediente de hechos, lo que determina que las cuestiones del daño y los perjuicios, los costos y los beneficios sociales, sean más bien de naturaleza hipotética. Por tanto, el tribunal no tiene la oportunidad de decidir con base en la información generada por el acto controvertido mismo.⁴⁸⁷

También hay que tomar en cuenta que el incentivo privado para solicitar un juicio anticipado es mayor que el incentivo social. Por tanto, si no fueran elevados los costos privados del litigio, los tribunales se verían inundados con tales peticiones por parte de personas impedidas de actuar por temor a sufrir una sanción. Por el contrario, si los tribunales se guían por consideraciones de eficiencia, entonces desecharán las peticiones de juicios anticipados, al menos siempre que la ganancia privada sea positiva y negativa la social. El interés, el daño directo, etcétera, y otros conceptos semejantes, son doctrinas que ofrecen a los tribunales categorías útiles para negarse a conocer de juicios anticipados cuando sea improbable su beneficio social.⁴⁸⁸ En resumen, no es probable que los juicios anticipados merezcan la pena si lo único que logran es ser sustitutos de la asesoría jurídica privada.⁴⁸⁹

Las razones económicas son de primera importancia aquí, porque —según se recordará— los sistemas judiciales enfrentan serias deseconomías de escala más allá de un cierto tamaño:

Los aumentos en la demanda de servicios judiciales, a diferencia de otros servicios, no pueden ser resueltos creando nuevas “empresas” sin que ello signi-

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 685.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, pp. 685 y 690.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 694.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 715.

fique socavar la consistencia de la doctrina judicial, o haciendo crecer los tribunales existentes sin que se incrementen los costos de la decisión.⁴⁹⁰

Conviene hacer notar que hay excepciones a la prohibición de los juicios anticipados. Los tribunales en varios países, incluyendo varios estados de la Unión Americana (Posner y Landes cuentan diez), tienen la facultad de rendir “opiniones consultivas”. Esta posibilidad es particularmente interesante y útil para los tribunales internacionales (como, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos), tomando en cuenta que los estados se encuentran muchas veces reticentes a acudir a una jurisdicción internacional. No obstante, en muchos casos en que se solicitan opiniones consultivas, en realidad se está planteando un conflicto real que los estados demandantes no desean enfrentar de manera directa. Además, muchos tribunales internacionales no funcionan de manera permanente, por lo que las “opiniones consultivas” pueden justificarse en términos del empleo de la infraestructura material y humana de esas jurisdicciones en ausencia de asuntos contenciosos.

De igual manera, las cuestiones llamadas “abstractas” que resuelven los tribunales constitucionales en la tradición continental europea se asemejan a los juicios anticipados, en el sentido de que los demandantes no están obligados a demostrar interés jurídico o un daño personal y directo. Quizá por esa razón, el círculo de personas y órganos con legitimación para plantearlas es muy reducido. Sin embargo, tales cuestiones no son de naturaleza hipotética, pues implican contradicciones normativas “reales”, y con frecuencia detrás de ellas se encuentra un conflicto político real o un interés social general que permiten y justifican la intervención de los tribunales.

Como puede advertirse, aún las excepciones mencionadas tienen una racionalidad que no es contraria a las consideraciones económicas, o incluso se explica por ellas. La preocupación por la eficiencia en el uso de los recursos judiciales en este contexto resulta particularmente importante debido a la posición y al papel de los tribunales en el sistema jurídico: estos órganos tienen la última palabra en cuestiones jurídicas y, por tal razón, sus sentencias y resoluciones poseen carácter de precedente. Resulta extraño, sin embargo, que si bien los juicios anticipados son rechazados en general por los sistemas judiciales, los precedentes, como veremos más adelante, cumplen precisamente esta función para los terceros en un juicio.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 712.

B. *Etapas procesales y terminación anticipada*

A pesar de una percepción común en contrario, en realidad pocos asuntos que llegan a juicio son resueltos mediante sentencia definitiva. La selectividad continúa operando una vez que el asunto ha sido admitido por el tribunal para continuar en él su tramitación. Una parte de los asuntos es filtrada en cada una de las etapas de los procedimientos, de modo que un número de ellos cada vez menor sobrevive y pasa a la etapa siguiente. Los asuntos que no continúan son resueltos, terminan de manera anticipada o quedan rezagados. De este modo, la pirámide se reproduce en cada una de las etapas procesales y en cada instancia judicial.

Para ilustrar la manera y el grado en que esto ocurre, se resumirá aquí un estudio colombiano sobre el desempeño de la llamada “justicia regional”.⁴⁹¹ En Colombia, la justicia regional era una rama especial de la jurisdicción penal que se estableció en 1984 para combatir los delitos especialmente violentos o perturbadores del orden social, como el secuestro, la extorsión y el terrorismo.⁴⁹² El estudio resulta de interés por varios motivos. En primer lugar, muestra que la selectividad opera también en los tribunales penales. Si bien el principio de legalidad exige que el juicio concluya con sentencia absolutoria o condenatoria, el interés propio y los costos, así como los requisitos más rigurosos del debido proceso y las demandas técnicas más elevadas en la aplicación de las leyes penales, tienden a dificultar la llegada a la etapa de la sentencia. En segundo término, el estudio ofrece datos reveladores y específicos sobre cada una de las etapas del procedimiento penal. En tercer lugar, la justicia regional fue establecida con el objetivo explícito de la efectividad, lo que rara vez se logró. Por último, el estudio ilustra también de qué modo se crea el problema del *re-zago* cuando el proceso de la selectividad no concluye con una resolución *definitiva*.

La *primera etapa* del procedimiento penal es la investigación realizada por la fiscalía para determinar si ciertos hechos califican como conducta punible y quiénes puedan ser los responsables de ella. En el periodo entre julio de 1992 y julio de 1993 había 15,688 asuntos en etapa de investigación. El resultado fue un porcentaje general de resolución de sólo 16.5%

⁴⁹¹ Nemogá Soto (dir.) (1996). Véanse los datos más recientes y globales de Fuentes (2004).

⁴⁹² Nemogá Soto (dir.) (1996, p. 37).

(2,588 asuntos, o 46.7% de los ingresos). De esos 2,588 asuntos, 43.7% (o una tasa global de 7.2%) llegó a la etapa de instrucción, mientras que el 56.4% concluyó mediante resolución inhibitoria o de incompetencia.⁴⁹³

La *segunda etapa* es la instrucción. En el periodo entre julio de 1992 y julio de 1993, había 15,897 asuntos pendientes ante los tribunales. Se concluyeron 2,123 (13.4% del número total y 25.9% de los ingresos), pero solamente 512 condujeron a una acusación formal y a un juicio (3.2% del número total y 24.2% de los concluidos). El resto concluyó por otras razones procesales, incluyendo la falta de competencia (31.7%).⁴⁹⁴

La *tercera etapa* es el juicio. Entre junio de 1993 y julio de 1994, había un total de 6,041 asuntos pendientes por este motivo ante los tribunales. Se concluyeron 3,336 asuntos, o 55.5% del total y 88.8% de los ingresados. Solamente 2,327 asuntos concluyeron mediante sentencia (38.5% del total y 70% de los concluidos). 533 asuntos concluyeron mediante sentencia “ordinaria” (22% del total de sentencias), mientras que las restantes 1,794 sentencias (78%) significaron una conclusión anticipada, es decir, fueron sentencias negociadas.⁴⁹⁵

En resumen: este ejemplo muestra de qué modo la selección que realizan los tribunales y las autoridades públicas *mismas* funciona en la primera instancia de un juicio penal, reproduciendo el patrón general de una pirámide, y de qué modo la incapacidad para producir una terminación definitiva del procedimiento se traduce en niveles crecientes de rezago. Igualmente nos ofrece un atisbo de la compleja interacción entre la selectividad y los criterios de eficiencia. Mientras que la selectividad más elevada de los asuntos opera, sin duda, como mecanismo de eficiencia, al mismo tiempo puede tener otras consecuencias no deseadas (ineficientes) en el plano social. En este ejemplo, la pregunta relevante es si el grado de selectividad no es tan elevado como para anular los efectos preventivos del procedimiento penal y su papel legitimador del aparato institucional del control social.

C. Apelación

La apelación, es decir, la posibilidad de impugnar una resolución o sentencia judiciales a fin de obtener su revisión ante otro tribunal, que usualmente es de mayor jerarquía, parece ser una característica universal, o al

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, pp. 46 y ss.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 53.

menos muy difundida, de los sistemas jurídicos que han alcanzado algún grado de desarrollo.⁴⁹⁶ La apelación implica una jerarquía estructurada de dos o más niveles de tribunales, cada uno de los cuales conoce un número cada vez más reducido de asuntos cuanto más elevada es su posición en dicha jerarquía.

El alcance de la apelación, es decir, las cuestiones que serán objeto de revisión, también es variable en cada nivel de la jerarquía judicial. Aquí encontramos una importante distinción entre apelación *de novo* y la apelación *limitada*. La apelación *de novo* significa que un asunto puede ser revisado de nueva cuenta en todos sus aspectos de hecho y de derecho, mientras que la apelación limitada restringe las cuestiones que pueden ser planteadas en el procedimiento de revisión. En los países de tradición romanista, es usual el derecho a una apelación *de novo* en un primer nivel de impugnación, mientras que los sistemas de *common law* tienden a una apelación limitada.⁴⁹⁷

Otra distinción importante es la que existe entre apelación *de derecho*, normalmente en un primer nivel, y la apelación *discrecional*. Esta última otorga al tribunal (por ejemplo, un tribunal supremo o constitucional) la facultad de admitir o rechazar la apelación. También es importante considerar que actualmente una forma común de apelación se refiere a las resoluciones de las autoridades administrativas que se impugnan ya sea ante los tribunales ordinarios o los especializados (“revisión judicial de la actuación administrativa”).

La apelación es una forma de selectividad vertical dentro de la jerarquía judicial. En cada nivel sucesivo, una parte decreciente pero variable de los asuntos iniciados son objeto de revisión. La reducción en el número de asuntos en cada nivel y el número variable de asuntos apelados (tasa de apelación) se explican por diversos factores, como los siguientes:

- Las funciones y el alcance de la revisión, y en particular el rigor y la selectividad crecientes de los criterios de revisión.

⁴⁹⁶ La excepción más visible es la del derecho islámico. Véase Shapiro (1981, pp. 194 y ss.).

⁴⁹⁷ Esto se debe probablemente a la facultad exclusiva del jurado para pronunciarse sobre los hechos, una resolución que no puede ser modificada por un tribunal de mayor jerarquía. En general, los sistemas de *common law* siguen adhiriéndose al ideal de las resoluciones de “un solo nivel”, a las cuales se han agregado algunos elementos de control de carácter jerárquico (Damaška, 1986, pp. 58 y ss.).

- La creciente dificultad para plantear un asunto que ya ha sido examinado y, en consecuencia, la probabilidad decreciente de obtener la razón en un nivel más elevado (tasa de revocación).
- Los costos crecientes de continuar con un asunto.
- La estructura piramidal del sistema judicial, en el que, en cada nivel, hay un número decreciente de jueces encargados de examinar un número cada vez más reducido de asuntos.

Cuál sea el nivel *eficiente* de apelación depende de las funciones y el alcance de la apelación, pues se considera que ésta cumple con una pluralidad de funciones y objetivos, tales como el control político, la corrección y la prevención de errores, la armonización del derecho, la selección de cuestiones para la creación judicial de derecho, una nueva audiencia, etcétera.⁴⁹⁸ Suponiendo que un objetivo (económico) fundamental de las resoluciones judiciales sea la corrección (*accuracy*), entonces la función primaria de la apelación será la corrección de errores. Steven Shavell ha desarrollado un análisis económico de la apelación con base en la hipótesis de que la *corrección de errores* es su propósito central.⁴⁹⁹

Si se acepta que la corrección de errores es su objetivo central,⁵⁰⁰ entonces la apelación es un medio efectivo y de bajo costo para lograrlo en el sistema jurídico. A pesar de los esfuerzos que puedan hacerse para lograr que las resoluciones judiciales sean correctas, el error siempre es posible y corregirlo resulta costoso. Por lo tanto, se plantea la alternativa entre invertir más recursos para mejorar el nivel de corrección previniendo o corrigiendo el error a nivel de la primera instancia (por ejemplo, a través de jueces mejor preparados o incrementando el tiempo disponible para examinar los asuntos), y la posibilidad de la apelación.⁵⁰¹

Si se escoge invertir en un nivel de corrección más elevado en la primera instancia, tal inversión sólo será marginalmente productiva hasta cierto punto. Por tanto, establecer un procedimiento de apelación puede ser una alternativa más barata. Ello es así porque, en primer lugar, sin importar qué

⁴⁹⁸ Véanse Shavell (1995b), Shapiro (1980) y Barclay (1997). Véase también la lista de funciones citada en Gilles (1992, p. 140).

⁴⁹⁹ Shavell (1995b).

⁵⁰⁰ El problema con la noción de corrección de errores es que puede implicar una percepción subjetiva. Shavell (1995b, p. 424).

⁵⁰¹ Shavell (1995b, p. 383). Véase también Kaplow (1994) y Kaplow y Shavell (1994).

tan correctamente resuelvan los tribunales de primera instancia, sigue resultando deseable corregir los errores que puedan ocurrir, lo cual se logra mediante la apelación. En segundo lugar, “invertir un dólar adicional en la corrección del tribunal de primera instancia para reducir los errores significa que este costo se incurre en cada asunto, mientras que la inversión de un dólar en el procedimiento de apelación quiere decir que el costo se incurre solamente cuando hay probabilidad de que se ha cometido un error”.⁵⁰²

En resumen, existe una ventaja subyacente en invertir en la producción de resoluciones correctas en el procedimiento de apelación más que en el juicio de primera instancia.⁵⁰³

a. ¿Cuál es el nivel eficiente de apelación?

En términos generales, el procedimiento de apelación será eficiente si los costos de permitirlo son menores a los costos en los que incurrirían las partes y la sociedad en su ausencia. Dicho en otras palabras:

El procedimiento de apelación será deseable, si y sólo si el daño social derivado del error cierto excede el costo social de una apelación más el daño esperado por no corregir el error, es decir, la probabilidad de que no se corrija el error multiplicada por el daño causado por el error... (En) general, la probabilidad es que el procedimiento de apelación sea más deseable socialmente cuanto menor sea su costo, cuanto más elevada sea la probabilidad de que se corrija el error, y cuanto mayor sea el daño social derivado del error.⁵⁰⁴

Existen varios problemas o circunstancias que afectan la eficiencia y el valor del procedimiento de apelación:⁵⁰⁵

⁵⁰² Shavell (1995b, p. 387).

⁵⁰³ *Idem*. El nivel óptimo de corrección por el tribunal de primera instancia es menor cuando se utiliza el procedimiento de apelación que cuando solamente resuelve aquél y no hay una segunda oportunidad de corregir errores. El daño social causado por error en primera instancia es menor que el daño derivado de un error cierto. En cambio, el daño social causado por los errores en primera instancia es medido de acuerdo con lo que lo sigue, a saber, el costo del procedimiento de apelación más el daño esperado cuando no se corrige el error. Este monto es inferior al del daño cierto por error (p. 386). Por otro lado, el procedimiento de apelación crea un incentivo para que el juez de primera instancia resuelva mejor para evitar la revocación de sus resoluciones (pp. 390 y ss.).

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 386.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, pp. 388 y ss. Aborda estos problemas como extensiones del modelo económico básico de la corrección de errores.

La primera preocupación se refiere a la “separación de los litigantes decepcionados”.⁵⁰⁶ El procedimiento de apelación se aprovecha de la información que poseen los litigantes sobre los probables errores. En consecuencia, son los litigantes los que deciden interponer o no una apelación. Por tanto, no sólo se corregirán los errores, sino que ello se logrará de modo barato, “porque el sistema jurídico sólo se encargará de reconsiderar el subconjunto de asuntos en los cuales es más probable que se haya cometido un error”.⁵⁰⁷ Pero para que esto sea efectivo, es necesario encontrar algún medio para asegurar que las víctimas de un error tengan mayor interés en interponer la apelación que quienes carecen de él. Dicho en otras palabras: “habrá separación si el costo privado de la apelación es menor que la ganancia esperada pero excede a la ganancia esperada en el caso de una decisión correcta”.⁵⁰⁸ Si la separación no se produce de modo natural en razón de los costos de la apelación, el Estado puede garantizarla estableciendo costas o un subsidio adecuados. Si se introducen costas o subsidios para lograr la separación, el valor social de la apelación disminuye, pero aún así puede seguir siendo positivo.⁵⁰⁹

Otro problema es que la información sobre los errores que poseen los litigantes es imperfecta, es decir, que no saben de antemano cuándo el tribunal de apelación determinará la existencia de un error, lo que también puede disminuir en alguna medida el valor de la apelación. Por otra parte, cuando los litigantes son capaces de predecir el resultado de la apelación, el sistema de apelaciones puede volverse más o menos valioso, dependiendo de que la resolución del tribunal de primera instancia haya sido correcta o incorrecta.⁵¹⁰ Más aún, los errores en apelación también son posibles, es decir, que se revoque una resolución correcta.⁵¹¹ Para enfrentar esta posibilidad, se establecen múltiples niveles de apelación, y la extensión del modelo básico es directa.⁵¹²

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 384.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 381. Una implicación de esto es que el procedimiento de apelación es superior a la selección al azar de asuntos para su revisión por un tribunal de mayor jerarquía (p. 388).

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 385.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, pp. 385 y 388.

⁵¹⁰ *Ibidem*, pp. 390 y 413.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 389. La *corrección* de los tribunales de apelación es descrita por la probabilidad de revocación en caso de error de primera instancia y por la probabilidad de revocación dada una resolución de primera instancia que es correcta (p. 383).

⁵¹² *Ibidem*, p. 389.

Pero más allá del modelo económico, cabe plantear la siguiente pregunta: ¿qué tan eficiente es la apelación en el mundo real? Un indicador del costo del procedimiento de apelación es la frecuencia de la apelación.⁵¹³ La excesiva frecuencia en la apelación puede significar una de dos cosas: o bien los tribunales inferiores cometen demasiados errores, o los litigantes interponen más apelaciones de las procedentes. En este último caso, puede haber diversas explicaciones:

- La apelación es demasiado barata (no hay una “separación” suficiente de los litigantes decepcionados).
- La apelación es incierta (por ejemplo, hay varios tribunales de apelación, los cuales sostienen criterios diferentes sobre una cuestión jurídica) o tiende al error, lo que significa que los litigantes aprovecharán cualquier probabilidad, por mínima que sea, de ganar.
- Los litigantes desean retardar la resolución definitiva de una demanda, aumentando la apuesta y el costo para la contraparte.
- Los litigantes no aceptan la pérdida del asunto y deciden interponer una apelación sin consideración de la necesidad o el costo de hacerlo.
- La apelación se considera como poco más que la continuación de la primera instancia, por lo que será el tribunal de apelación el que dictará la resolución “real”.⁵¹⁴

La frecuencia de las apelaciones puede medirse en términos de la proporción de asuntos ante los tribunales inferiores que se llevan ante una instancia superior.⁵¹⁵ Esta proporción varía considerablemente entre países y jurisdicciones. Así, por ejemplo, la tasa de apelaciones interpuestas contra asuntos civiles y penales concluidos entre marzo de 1992 y marzo de 1993 en los tribunales federales de los Estados Unidos fue de un 16%.⁵¹⁶ En Francia, aproximadamente un 42% de los asuntos iniciados ante los *tribunaux de grande instance* (tribunales regionales de primera instancia) fue-

⁵¹³ *Ibidem*, p. 380, nota 3.

⁵¹⁴ Jolowicz (1989, p. 76).

⁵¹⁵ Las siguientes cifras para los Estados Unidos, Francia, Alemania y Japón son citadas en Shavell (1995b, pp. 380 y ss., nota 3). Para México, véase CIDAC (1994, p. 61).

⁵¹⁶ Véanse las tasas de apelación un poco distintas que aparecen en las tablas 4.2 y 4.5 en Posner (1996, pp. 100 y ss., 114 y ss.) relativas al mismo periodo. Posner examina también las dificultades de calcular las tasas de apelación, especialmente las tasas “reales”, basadas en el número de resoluciones recurribles, más que en el número de asuntos ingresados en los tribunales inferiores (1996, pp. 113 y ss.).

ron objeto de apelación en 1991. En Japón, la probabilidad de una apelación contra resoluciones de los tribunales de distrito fue de 10% en 1989. En México, un 32% de las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (que es un tribunal de segunda instancia) fueron impugnadas ante los tribunales federales en 1992.

Sin embargo, la tasa de apelación no indica claramente, por sí misma, que el número de apelaciones sea realmente “excesivo”. Una tasa de apelación del 50% (uno de dos asuntos, tasa a la que se aproxima el ejemplo francés arriba citado) podría considerarse quizá como demasiado elevada, pero, de nueva cuenta, mucho depende de los objetivos y las concepciones que subyacen al proceso de la apelación. Por tanto, un indicador más confiable y objetivo puede ser la *sobrecarga* de los tribunales de apelación. Por tal no sólo queremos decir que el tribunal tiene un rezago creciente de asuntos pendientes, sino también que no es capaz de satisfacer el objetivo o los objetivos por los cuales existe la apelación (y el cual o los cuales no son necesariamente los del litigante en lo individual).⁵¹⁷

Obviamente, unas cuantas cifras aisladas sobre las tasas de apelación en diferentes países no nos dicen nada sobre las *tendencias* en el proceso de apelación. No obstante, hay razones para pensar que las tasas de apelación se han ido incrementando en diversos países desde hace algún tiempo.⁵¹⁸ La percepción de que existe una “explosión de los litigios” parece ir ligada a la percepción de que los tribunales de apelación también están “sobrecargados”, como lo sugiere el título de dos informes generales presentados en el Octavo Congreso Mundial de Derecho Procesal en 1987.⁵¹⁹ Los informes analizan las técnicas procesales que se estaban adoptando o que estaban a consideración con vistas a mantener bajo control las cargas de trabajo de los tribunales de apelación.⁵²⁰ Estas técnicas caen en dos grandes grupos: las que tienen el propósito de controlar el número de apelaciones (“limitación al derecho o la materia de la apelación”) y las destinadas a per-

⁵¹⁷ Jolowicz (1989, p. 73).

⁵¹⁸ Esto es confirmado, respecto de los Estados Unidos, en Posner (1996, pp. 92 y ss.). Véase también Krafska *et al.* (1996). Este estudio concluyó que el creciente volumen de apelaciones civiles es el resultado, primero, de un mayor volumen de asuntos ingresados en los tribunales de distrito, y en segundo lugar, de una mayor proclividad a apelar en asuntos de derechos civiles.

⁵¹⁹ Véase la ponencia general de Jolowicz (1989, pp. 71 y ss.) sobre 18 países occidentales. En el mismo volumen se encuentra una ponencia sobre los países socialistas de Europa (pp. 95 y ss.).

⁵²⁰ Véase Jolowicz (1989, p. 74).

mitir a los tribunales de apelación resolver más expeditamente sus cargas de trabajo (“mecanismos de eficiencia”).⁵²¹

A continuación se presenta una lista de estas técnicas y medidas, que en ocasiones se traslapan, y que tienen el objetivo de controlar el número de apelaciones mediante la limitación del derecho a la apelación o su materia.⁵²²

- La sanción de las costas para la parte perdedora.
- El uso de la apelación discrecional, por lo común después de una primera apelación.
- La definitividad de las resoluciones de primera instancia.
- El mejoramiento de los juicios de primera instancia.
- La improcedencia de la apelación respecto de ciertos asuntos o resoluciones (por ejemplo, causas menores, sentencias no definitivas).
- La limitación de las causas de apelación.
- Elevación de la importancia de los asuntos medida en términos monetarios (cuantía).
- Limitación de las apelaciones a cuestiones de importancia pública o a la existencia de causas especiales.
- Limitación de la apelación a las cuestiones de derecho.⁵²³
- El error impugnado debe trascender al resultado de la sentencia.
- Las cuestiones en apelación deben haber sido planteadas en el curso del juicio.
- Imposición de multas por el abuso de la apelación.

Un giro interesante del problema del crecimiento de los asuntos en apelación y de la sobrecarga de los tribunales de apelación es que este fenómeno en ocasiones va de la mano con valor decreciente de la apelación, ya sea porque también disminuye la tasa de revocación de las resoluciones de instancias inferiores, o porque se halla en declive la tasa de asuntos que no son desechados y que son objeto de revisión. Así, por ejemplo, la tasa de revocación ante los tribunales federales de distrito de los Estados Unidos y respecto de las resoluciones de organismos administrativos decreció conside-

⁵²¹ Jolowicz (1989, pp. 74 y ss., 87 y ss.). Esta distinción es virtualmente equivalente a la distinción entre “selectividad” y “capacidad de procesamiento”.

⁵²² Jolowicz (1989, pp. 74 y ss.) y Shavell (1995b, pp. 418 y ss.).

⁵²³ El problema aquí radical en la distinción fluida entre las cuestiones de hecho y las de derecho. Jolowicz (1989, p. 82).

rablemente a partir de 1960, de 17.7% a 5.3% en los años noventa.⁵²⁴ Más aún, en 1993, la Suprema Corte de los Estados Unidos aceptó revisar solamente un 1.47% de los asuntos interpuestos, mientras que el número de peticiones iba en aumento, de 870 en 1960 a 2,841 en 1982 y 5,156 en 1993.⁵²⁵ En Alemania se informa de las siguientes tasas de éxito en apelación ante los “*Landgerichte*”, “*Oberlandesgerichte*” y el “*Bundesgerichtshof*” en asuntos civiles durante 1989: anulación y reenvío 1.7, 1.8 y 12.7%; modificación o sentencia de fondo propia 20.3, 19.6 y 5.3%, respectivamente.⁵²⁶

El aumento en las tasas de apelación indica que los apelantes no parecen disuadirse por la probabilidad más bien baja de tener éxito. ¿Entonces por qué apela la gente? Nuevamente, las cifras apuntadas parecieran significar que las personas están menos interesadas en ganar sus asuntos que en perseguir otros objetivos, como asegurarse que sean tratadas con justicia, o simplemente incrementar los costos para la parte contraria. Por tanto, el modelo económico puede ser útil como explicación inicial del proceso de apelación como corrección de errores y como factor de predicción de cambios de largo plazo, pero difícilmente nos ayudará a interpretar cifras fragmentarias provenientes de diversos países.

b. El papel de las restricciones políticas e institucionales

En principio, el problema de la sobrecarga de los tribunales de apelación podría resolverse mediante un incremento adecuado de los recursos que se les han asignado. Sin embargo, esto no es siempre posible, por varias razones que se derivan de restricciones institucionales, económicas y políticas particulares, lo que determina que la optimización de los recursos disponibles venga a ser la alternativa más viable, es decir, a través de un mayor grado de selectividad y productividad.

En primer lugar, hay que tomar en cuenta la dificultad de incrementar determinados recursos. Por ejemplo, cuando existe un único Tribunal Supremo, el aumento en el número de magistrados puede disminuir su fuerza política, o, si el tribunal está compuesto por varias salas o cámaras, aumentar su número puede acarrear un mayor número de contradicciones entre

⁵²⁴ Posner (1996, p. 70, tabla 3.5).

⁵²⁵ *Ibidem*, pp. 83, nota 23, p. 122.

⁵²⁶ Gilles (1992, p. 134).

sus sentencias. En lugar de nombrar más jueces, otra posibilidad consiste en aumentar el número de secretarios y demás personal, aunque en este caso el límite reside en el número de asuntos que un magistrado o juez pueda manejar o supervisar adecuadamente.

Dos ejemplos pueden ilustrar el papel que desempeñan en este sentido las restricciones políticas e institucionales. El primero se refiere al Poder Judicial federal mexicano y el segundo a la Suprema Corte de los Estados Unidos. Ambos enseñan que la alternativa entre crecimiento y mayor selectividad depende de la posición institucional que ocupen los respectivos tribunales y de las funciones políticas que desempeñan.

El Poder Judicial federal mexicano posee una doble competencia: en asuntos federales ordinarios, y en asuntos de constitucionalidad a través del juicio de amparo.⁵²⁷ El amparo es un procedimiento judicial originalmente establecido a mediados del siglo XIX e inspirado en el modelo estadounidense de la revisión judicial (*judicial review*). Su propósito inicial era el de ser un procedimiento simple y rápido ante los tribunales federales para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos que fueran afectados por las autoridades públicas. Sin embargo, con el tiempo este procedimiento se transformó en un mecanismo muy complejo para lograr la revisión última de toda clase de resoluciones de autoridad, incluyendo las de todos los tribunales locales y federales ordinarios. Esta transformación condujo a lo que un estudioso (Emilio Rabasa) llamó, a comienzos del siglo XX, la “imposible tarea” de la Suprema Corte.

La integración de la Suprema Corte mexicana cambió en varias ocasiones durante el siglo XX, con el objetivo de ayudarla a manejar su creciente carga de trabajo y el tremendo rezago que arrastraba.⁵²⁸ El tribunal estaba integrado por once magistrados en 1917. En 1928, el número aumentó a 16, al tiempo que la Corte empezaba a funcionar en tres salas y no sólo en pleno. En 1934 el número de magistrados aumentó a 21, distribuidos en cuatro salas. En 1951 se estableció una sala auxiliar, integrada por cinco magistrados. Además, se establecieron unos tribunales nuevos (tribunales colegiados de circuito), inspirados en los *Circuit Courts of Appeals* de los Estados Unidos, para encargarse de parte del rezago de la Suprema Corte.

Todos estos cambios resultaron paliativos. La única solución más o menos permanente podía consistir sólo en una redefinición de principio de la

⁵²⁷ Véase CIDAC (1994), Taylor (1997) y Fix-Fierro (1998).

⁵²⁸ Taylor (1997, pp. 145 y ss.) y Fix-Fierro (1998).

competencia de la Corte. Desde los años cuarenta hubo un par de intentos por conferir a la Suprema Corte solamente el conocimiento de los asuntos de constitucionalidad. Tales esfuerzos (que finalmente fructificaron más tarde, entre 1987 y 1999) fracasaron en parte porque el aumento de poder para la Corte que hubiera derivado de ellos podía entrar en contradicción con los intereses con un régimen presidencialista autoritario. La debilidad del Poder Judicial federal quedaba de manifiesto también por el hecho de que el número de tribunales federales inferiores creció a un ritmo muy lento hasta mediados de los años ochenta, muy por debajo del crecimiento de la población y de otros indicadores sociales.⁵²⁹

Incapaz de crecer por falta de peso político para negociar un presupuesto satisfactorio, y enfrentado a una carga de trabajo creciente, los juzgados federales de distrito recurrieron a un mayor grado de selectividad, bajo la forma de un porcentaje creciente de juicios de amparo desechados por razones procesales. Así, estos juzgados empezaron a interpretar rigurosamente las causales de sobreseimiento previstas por la ley, tales como la “falta de interés jurídico”, la “consumación irreparable” o la “inexistencia” del acto reclamado, el “no agotamiento de los recursos ordinarios”, etcétera.⁵³⁰

Un estudio estadístico de la carga de trabajo de los juzgados federales de distrito a partir de los años cuarenta muestra que, en términos generales, se produjo una estrecha correlación entre el porcentaje de asuntos desechados por razones procesales, el cual llegó a 79% en 1992, y la carga anual promedio de trabajo de los juzgados, frente al trasfondo de un porcentaje de rezago relativamente reducido y constante.⁵³¹ Sin embargo, a pesar del considerable crecimiento de los tribunales federales desde la década de los ochenta, el porcentaje de juicios de amparo sobreseídos ha permanecido elevado (y solamente un 11% de los sobreseimientos son impugnados).

⁵²⁹ Por ejemplo, en 1930 había solamente 46 juzgados de distrito y 6 tribunales unitarios de circuito para una población total de menos de 20 millones de habitantes, la mayoría de los cuales habitaba en comunidades rurales. Veinte años más tarde, el número de tribunales federales permanecía sin cambios, con excepción de cinco nuevos tribunales colegiados de circuito. En 1970 había 55 juzgados de distrito, nueve tribunales unitarios y trece tribunales colegiados de circuito, pero la población era de casi 50 millones de habitantes, en un país en rápido proceso de urbanización e industrialización. La participación del Poder Judicial federal en el presupuesto federal disminuyó de 1.33% en 1930 a 0.06% en 1980. Véase Cossío Díaz (1996, pp. 54 y ss.)

⁵³⁰ Una estrategia similar ha sido observada en los sobrecargados tribunales del Estado de Jalisco, en México, por Zepeda Lecuona (1997).

⁵³¹ Véase CIDAC (1994, pp. 74 y ss.).

Ello indica que el amparo no siempre funciona como procedimiento para la corrección de errores, sino como instrumento para retardar la resolución de los asuntos y generar costos adicionales durante los juicios, pues es muy probable que un tribunal superior confirme la resolución de sobreseimiento del inferior.

El otro ejemplo se refiere al “Proyecto sobre la Suprema Corte de la Universidad de Nueva York”,⁵³² la cual realizó un estudio empírico entre 1982 y 1984 con el doble propósito de desarrollar una teoría del papel de la Suprema Corte de los Estados Unidos y sobre cómo ésta debe seleccionar los asuntos de que conoce en pleno, y de aplicar dicha teoría a los asuntos llevados al tribunal en un año respecto del cual se haya alegado un grave problema de sobrecarga. En lo particular, el estudio pretendía determinar si 1) sobre la base de la teoría desarrollada, todos los asuntos examinados por la Corte ese año realmente requerían su conocimiento, y 2) si había asuntos que debieron ser examinados por la Corte que no lo fueron.⁵³³

El estudio se basa en lo que los autores llaman un “modelo gerencial” de las responsabilidades de la Suprema Corte. Las ideas básicas que subyacen al modelo son que la Corte posee una capacidad limitada para examinar asuntos, que no puede funcionar como “corrector de errores” de última instancia,⁵³⁴ y que los objetivos que debe perseguir en la selección de asuntos para su examen en pleno deberían ser 1) “el establecimiento claro y definitivo de los contornos de la doctrina judicial nacional”, una vez que los asuntos se han “filtrado” suficientemente en los tribunales inferiores; 2) “resolver conflictos fundamentales entre las ramas del poder y entre federación y estados”, y 3) “alentar a los tribunales de apelación estatales y federales a un proceso de reflexión en sus resoluciones”.⁵³⁵ En otras palabras, el tribunal no debería seleccionar los asuntos en función de la presencia de un error o debido a la importancia de las cuestiones sustantivas planteadas, sino debido a la existencia de una razón estructural para “suspender la fuerte presunción de regularidad que ordinariamente

⁵³² Véase Estreicher y Sexton (1984, p. 1986).

⁵³³ *Ibidem* (1986, p. 4).

⁵³⁴ *Ibidem* (1986, pp. 1 y ss.) argumentan que la Corte ha dejado conscientemente de desempeñar ese papel desde al menos el año de 1925. También rechazan la propuesta de un Tribunal Intercircuitos que conocería de los asuntos que le reenviara la Corte, ya que con o sin el Tribunal mencionado, la Suprema Corte nunca podría intervenir en el suficiente número de asuntos para eliminar las incoherencias en el derecho federal.

⁵³⁵ *Ibidem* (1986, pp. 4 y ss.).

corresponde a las resoluciones de los actores inferiores en el sistema judicial”.⁵³⁶

Las conclusiones del estudio respecto del año judicial de 1982 indican que, conforme al modelo gerencial propuesto, “una buena parte del tiempo y las energías de la Suprema Corte se habían dirigido en una dirección incorrecta”.⁵³⁷ En lo particular, concluyó que:

- Solamente 48% de los asuntos que fueron admitidos en 1982 *debían* ser objeto de revisión, lo que significa que algo más de la mitad de los asuntos de la Corte fueron admitidos de manera discrecional.
- Aproximadamente un cuarto de los asuntos que fueron admitidos a revisión no tenían pretensión legítima de ocupar el tiempo y los recursos de la Corte.
- Menos de 1% de los asuntos que no fueron admitidos a revisión durante 1982 debieron haber sido examinados por la Corte dicho año.

En resumen, de acuerdo con este modelo gerencial, durante el año judicial de 1982, la Suprema Corte de los Estados Unidos estuvo sobrecargada de asuntos de modo innecesario.

Obviamente, estos resultados son convincentes únicamente en la medida en que se acepten la teoría y el modelo gerencial que les dan fundamento, pero si se adopta una perspectiva distinta no es difícil que sean impugnados. El proyecto de la Universidad de Nueva York utiliza un modelo “jurídico” de la importancia de los asuntos, pero otros modelos —como el modelo de política pública (*policy*), el del mercado o el estatista—, los que implican roles diferentes para el tribunal, podrían conducir a resultados distintos. Esos otros modelos muestran que la Corte selecciona asuntos que son importantes para diferentes públicos, ninguno de los cuales domina la agenda del tribunal.⁵³⁸ En consecuencia, un nuevo análisis de los asuntos examinados por la Corte lleva a la conclusión de que la mayoría de ellos tenían importancia de acuerdo con dos o más de los modelos citados, y que muchos menos asuntos podrían catalogarse como “errores de agenda”.⁵³⁹

⁵³⁶ *Idem.*

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁵³⁸ Cook (1994, p. 146).

⁵³⁹ *Ibidem*, pp. 144 y ss.

El primer ejemplo muestra de qué modo una selectividad más elevada en una situación de debilidad política e institucional de los tribunales, que les impide obtener los recursos que son mínimamente suficientes, viene a ser una estrategia más bien nacida de la desesperación que de una política para el manejo racional de los recursos judiciales y del sistema judicial en su conjunto. El resultado final puede ser un grado inaceptable de formalización de los criterios jurídicos que aplican los tribunales para resolver los asuntos y, en última instancia, esto se traducirá en injusticia.

Por lo que se refiere al segundo ejemplo, y suponiendo que la Suprema Corte de los Estados Unidos haya estado realmente sobrecargada,⁵⁴⁰ la posición y el poder únicos de que goza esta institución impiden cualquier cambio que se proponga disminuirlos. Por tanto, es necesario buscar otras soluciones, como por ejemplo, el establecimiento de un tribunal intercircuítos,⁵⁴¹ o bien, si esto no es aceptable, definir de modo distinto los criterios conforme a los cuales el tribunal selecciona los asuntos de que va a conocer, ya que la mayor parte de su competencia es de carácter discrecional.⁵⁴² Tales criterios dependen, por su parte, del papel que desempeña la Corte, como por ejemplo, el de “gerente del proceso judicial federal”. Paradójicamente, tal definición, si bien abre más espacio de maniobra para la selección de los asuntos por la Corte, en la realidad le impondría a ésta mayores restricciones, pues se basa en una única agenda —la jurídica—, lo que impediría a la Corte responder de manera flexible a una variedad de agendas y preocupaciones sociales.

En resumen, resulta difícil encontrar un equilibrio en la compleja interacción entre el tamaño de los recursos disponibles y la selectividad en relación con las funciones realizadas por los tribunales en un sistema político determinado. Podemos mencionar, como un último ejemplo de esta afirmación, el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán y el llamado recurso constitucional o recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*), que es un recurso al alcance de los ciudadanos para impugnar los actos o las leyes que afecten sus derechos fundamentales.⁵⁴³ El número de recursos constitucio-

⁵⁴⁰ El número de sentencias de fondo de la Suprema Corte durante un periodo anual de sesiones disminuyó de 163 en el periodo que concluyó en 1983 a 86 en 1995. Posner (1996, pp. 80 y ss., tabla 3.9).

⁵⁴¹ Como ya se dijo, Estreicher y Sexton (1986, pp. 2 y ss.) rechazan explícitamente esta propuesta, lo cual es uno de los motivos para la elaboración de su modelo gerencial.

⁵⁴² Abraham (1998, pp. 187 y ss.).

⁵⁴³ Véase Blankenburg (1998).

nales ha crecido de manera constante entre 1951 (423 recursos interpuestos ese año) y 1996 (5,117 recursos).⁵⁴⁴ Ello ha requerido la introducción de un procedimiento previo de selección. En consecuencia, solamente 2.57% de los recursos, en promedio, son examinados por el tribunal.⁵⁴⁵ Sin embargo, debido a que la supresión total del recurso constitucional es un “tabú político”, el tribunal solamente podrá funcionar de manera efectiva en el futuro si se incrementa la selectividad de los recursos, y si el tribunal es capaz de decidir libremente cuáles son los objetivos y las políticas constitucionales que habrá de perseguir.⁵⁴⁶ Por tanto, la probabilidad de que se admitan a revisión los recursos individuales seguirá reduciéndose, pero al menos el sistema jurídico en conjunto podrá beneficiarse de la sobreproducción de recursos y de la posibilidad de que se seleccionen solamente nuevas cuestiones jurídicas con un “potencial evolutivo”.⁵⁴⁷

2. Resultados

Sin duda, los resultados de las actividades de los tribunales tienen un impacto en lo que hemos llamado selectividad vertical: las sentencias, los precedentes, y la creación judicial del derecho, pueden afectar el volumen y las clases de asuntos de que conocen los tribunales, ya sea alentando o desalentando los litigios. Actualmente, el litigio es un fenómeno de masas, por lo que es importante distinguir claramente entre las “actividades judiciales”, es decir, la producción de medidas y resoluciones individuales bajo ciertas condiciones procesales, y las “actividades jurisprudenciales” de los tribunales, es decir, la producción de información sobre el razonamiento judicial y su difusión.⁵⁴⁸

Mientras cualquier medida o resolución judiciales, consideradas de manera separada, puede caer en alguna de ambas categorías, o en ambas, la distinción es necesaria porque se trata de dos conjuntos de actividades que

⁵⁴⁴ Blankenburg (1998, pp. 40 y ss.). Según datos de la Oficina Federal Alemana de Estadística (*Statistisches Bundesamt*), en 2002 el número de recursos se había reducido ligeramente a 4 523 [www.destatis.de].

⁵⁴⁵ Blankenburg (1998, p. 49).

⁵⁴⁶ *Ibidem*, pp. 58 y ss. Una comisión de investigación del Ministerio Federal de Justicia recomendó recientemente que el Tribunal goce de amplia discrecionalidad para aceptar o desechar los recursos.

⁵⁴⁷ *Idem*.

⁵⁴⁸ Esta distinción está tomada de Serverin (1993, pp. 339 y ss.).

son constituidas e interpretadas de modos distintos.⁵⁴⁹ Las “actividades judiciales” pueden ser analizadas desde el punto de vista estadístico, así como también desde las perspectivas procesal y pragmática.⁵⁵⁰ Las “actividades jurisprudenciales” de los tribunales, por otro lado, dependen de las condiciones institucionales que rigen la producción y la autoridad jurídica formal de los precedentes, pero también de las actividades de la comunidad jurídica, las cuales afectan su difusión y ejercen influencia en la definición de su autoridad formal o informal.

En este apartado examinaremos sencillamente algunos aspectos de estas actividades de los tribunales en la medida en que afectan la selectividad vertical. Hay que hacer notar que son escasos los estudios empíricos que examinan esta perspectiva particular en detalle. Por ejemplo, existen estudios que abordan los procesos de selección en la difusión y publicación de resoluciones judiciales, más que su efecto sobre la demanda de servicios judiciales. No obstante, trataremos de señalar al menos las cuestiones centrales.

A. Resoluciones

Las resoluciones judiciales (en general, no sólo las sentencias definitivas) son relevantes desde el punto de vista de la selectividad en relación con al menos dos aspectos: su *corrección*, y su *cumplimiento e implementación*. La corrección es relevante porque, como hemos señalado anteriormente, las resoluciones incorrectas o inexactas generan costos sociales innecesarios y pueden tener incluso un impacto sobre los niveles futuros del litigio. La implementación es relevante porque las resoluciones que no son ejecutadas también generan costos innecesarios. Aunque bien puede ser que en el corto plazo desalienten el recurso a los tribunales, aligerándolos de parte de su carga de trabajo, en el largo plazo contribuyen a la ineficiencia social de las instituciones judiciales en su conjunto.

a. Corrección

Hemos dicho ya que las resoluciones que son jurídicamente correctas son también económicamente eficientes, al menos en el largo plazo, tanto

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 340.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, pp. 341 y ss.

para las partes como para el sistema judicial y para la sociedad en general, pues entonces es menos probable que sean impugnadas o relitigadas.⁵⁵¹ Sin embargo, es necesario saber cuándo una resolución puede considerarse como correcta. Una posibilidad es la de analizar la tasa de apelaciones y el modo como dichas apelaciones son resueltas. Específicamente, el porcentaje de resoluciones que son revocadas en las diversas instancias puede ser utilizado como indicador del nivel de corrección o incorrección (jurídica) del sistema judicial.

Un estudio pionero sobre la eficiencia del sistema judicial italiano, llevado a cabo a fines de los años sesenta, trató de determinar la *probabilidad general* de que los jueces y los tribunales dictaran resoluciones correctas, de modo de que se pudiera calcular la correspondiente probabilidad respecto de un tribunal en particular.⁵⁵² Esto se hizo de dos maneras. El primer método consistió en analizar una muestra de sentencias dictadas en materia civil por la *Corte de Cassazione* en 1962.⁵⁵³ Dicho análisis trató de determinar, primeramente, el grado de concordancia o discordancia entre las resoluciones de los tres niveles de tribunales (*Corte di Cassazione*, tribunales de apelación, tribunales de distrito) en la misma materia.⁵⁵⁴ Por ejemplo, se determinó que había plena concordancia entre los tres niveles judiciales en 41.9% de los asuntos.⁵⁵⁵ Enseguida, se calculó la probabilidad de que se produjeran resoluciones concordantes, tomando en cuenta que las resoluciones pueden ser unánimes o por mayoría. Finalmente, se calculó la probabilidad de una resolución correcta respecto de cada tribunal y cada juez. Así, la probabilidad correspondiente fue de 60% para los tribunales de distrito, 82% para los tribunales de apelación, y 83% para la Corte de Casación, mientras que las tasas equivalentes para los jueces en lo individual fueron de 56, 68 y 67%, respectivamente.⁵⁵⁶

⁵⁵¹ Un análisis económico detallado de los costos y condiciones para la producción de resoluciones correctas en distintos tipos de procedimientos puede encontrarse en Kaplow (1994). Véase también Kaplow y Shavell (1994).

⁵⁵² Pace (1970).

⁵⁵³ *Ibidem*, pp. 172 y ss.

⁵⁵⁴ Cada tribunal fue analizado como si se tratara de un solo juez, y los tres niveles de tribunales como si se tratara de un colegio de tres juzgadores. El propósito fue evitar una distorsión sistemática en el cálculo, pues en general se desconocía la votación de cada uno de los asuntos. *Ibidem*, p. 177.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 176.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 187.

El segundo enfoque consistió en un análisis de sentencias dictadas por dos tribunales colegiados (*grandi tribunali*) en 1965-66.⁵⁵⁷ Aquí se tomó en cuenta si las resoluciones fueron unánimes o por mayoría. Se observó que un número extremadamente elevado de sentencias civiles y penales fueron dictadas por unanimidad, lo que significaba que la probabilidad de que la resolución fuera correcta también era muy elevada, casi del 100%.⁵⁵⁸ ¿A qué se deben las importantes diferencias entre ambos métodos? Si bien los dos enfoques no eran comparables, se puede suponer que la estimación de la primera probabilidad era más realista que la segunda. 98 o 99% de probabilidad se puede explicar más fácilmente si se supone que la mayoría de las sentencias no se logran a través del análisis y la discusión plenarias por los integrantes del colegio, sino que son el resultado de la adhesión al proyecto de un magistrado por sus colegas.⁵⁵⁹

Por supuesto, el nivel *probable* de corrección no es necesariamente el nivel *real* de corrección que corresponde a las expectativas de la sociedad y de las partes litigantes. La apelación es también asunto de percepción, información y predictibilidad. Los litigantes decidirán impugnar una sentencia (o no) debido, en parte, a la percepción o la información que puedan tener sobre cuál pueda ser la actuación del tribunal supremo. Esta percepción puede ser incorrecta, de modo que el tribunal supremo confirmará la resolución correcta (o incorrecta).⁵⁶⁰

Pero hay más factores en juego que solamente la incorrecta percepción del litigante en lo individual. Tal percepción podría haber sido instigada por los tribunales mismos, por ejemplo, debido a la existencia de contradicciones entre sus sentencias, o bien, porque han anunciado un cambio de política o de interpretación. En todo caso, una resolución incorrecta del tribunal supremo solamente puede ser corregida, en un momento posterior, mediante intervención legislativa, o por el propio tribunal, suponiendo que los litigantes sigan insistiendo.

Este último punto está ligado a otro posible indicador de incorrección judicial: la *opinión pública* y *profesional*. Sin importar el hecho de que una

⁵⁵⁷ *Ibidem*, pp. 188 y ss.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 190.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 191. Se realizó un tercer análisis para evaluar la concordancia de las sentencias a lo largo del tiempo. Véase *ibidem*, pp. 191 y ss. y el siguiente capítulo por Carla Esposito (pp. 197 y ss.).

⁵⁶⁰ La percepción de que se interponen demasiadas apelaciones se deriva en parte del hecho de que solamente un porcentaje reducido de las resoluciones es revocado en apelación.

sentencia firme ya no puede modificarse, la opinión pública y profesional pueden considerar que una o más sentencias son incorrectas y ejercer presión para lograr un cambio en dirección hacia una interpretación determinada de la ley. En este sentido, ninguna sentencia resolverá en definitiva una cuestión jurídica. La comunidad de juristas que cita, utiliza y critica tales resoluciones contribuye a configurar la política judicial.

Finalmente, un indicador más de la incorrección judicial puede encontrarse en los mecanismos de RAC, en la medida que éstos puedan llegar a una solución distinta en conflictos que podrían haber ido al tribunal o cuando los ciudadanos muestren preferencia por la alternativa no judicial.

b. Ejecución e implementación

La eficiencia selectiva de los tribunales depende en buena medida de la ejecución e implementación de las sentencias, no sólo de que su contenido sea correcto. La ejecución inexistente o deficiente de las sentencias puede significar, para la parte que ganó el juicio, la pérdida de dinero, tiempo y sus derechos. Cuando este tipo de deficiencia se acumula, se vuelve disfuncional para la sociedad como un todo. El sistema judicial mismo puede empezar a hacerse irrelevante, y los litigantes potenciales enfrentan la opción de “abandonar” su reclamación o de acudir a otras alternativas, que no siempre estarán disponibles ni serán efectivas. De este modo se desalienta el litigio, lo que en un primer momento reduce los costos del sistema judicial, pero se generan, por otro lado, costos socialmente difusos, como puede ser, por ejemplo, la elevación del costo (tasa de interés) de los créditos o la falta de canalización institucional de los conflictos sociales.

Los estudios sociojurídicos rara vez se han ocupado de este problema,⁵⁶¹ pues, dan la impresión de que el proceso judicial concluye con la sentencia definitiva del juicio de primera instancia (en apariencia, la ejecución y la apelación no parecen tan interesantes desde el punto de vista sociológico), o bien, analizan las consecuencias sociales de la intervención judicial. Con la excepción, quizá, de unos cuantos estudios ejemplares, que se mencionarán más adelante, se omite analizar el impacto que

⁵⁶¹ Un estudio excepcional en este sentido, aunque analiza la implementación y el impacto de las sentencias judiciales como proceso político es el de Canon y Johnson (1999). El estudio reseña buena parte de la investigación relevante en este campo y ofrece un modelo de la implementación y el impacto de las políticas judiciales (pp. 16 y ss.).

tiene la ejecución y la implementación de las sentencias sobre el funcionamiento eficiente del sistema judicial, tanto como los costos que se imponen a las partes y a la sociedad cuando aquéllas fallan. Como lo señalan dos investigadores ingleses en relación con la justicia civil:

La presunción común de que obtener sentencia favorable ante los tribunales civiles es garantía de pago por parte del demandado de que se trate representa uno de los grandes mitos alrededor de la justicia civil. Como se dan cuenta rápidamente muchos demandantes, obtener sentencia favorable es una de las etapas menos problemáticas en el litigio civil; es probable que lograr su cumplimiento presente dificultades mucho mayores.⁵⁶²

También señalan, con razón, que

el cumplimiento de las sentencias de los tribunales civiles debe ser considerado como parte integral del sistema de justicia civil, y no sólo como un componente embarazoso y periférico del mismo. Opinamos que el funcionamiento deficiente de los procedimientos de ejecución amenaza la eficacia de todo el sistema de justicia civil y socava el derecho de acudir al tribunal —postura que es compartida por el Tribunal (Europeo de Derechos Humanos) de Estrasburgo. La oferta de medios baratos, justos y accesibles para resolver conflictos sirve de poco, en nuestra opinión, si al final las partes ganadoras son incapaces de cobrar el monto otorgado por el tribunal.⁵⁶³

El principal problema que se plantea en este ámbito es, con frecuencia, que la ejecución e implementación de las sentencias dependen, en alto grado, de la cooperación de organismos no judiciales (por ejemplo, los subordinados al poder ejecutivo), porque, en términos técnicos, los tribunales carecen de facultades y medios de ejecución propios. Tales organismos persiguen normalmente sus propios intereses y fines, lo que significa que la ejecución y la implementación de las sentencias se llevarán a cabo, si acaso, en los términos que ellos dicten, a menos que los tribunales mismos gocen de gran legitimidad social y peso institucional. Sin embargo, en algunos procedimientos son las partes las que tienen la responsabilidad primaria de llevar adelante la ejecución.

⁵⁶² Baldwin y Cunningham (2004, p. 305).

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 309.

El término de “implementación”, tomado de los estudios de políticas públicas, puede ser en ocasiones más apropiado que el de “ejecución” o “cumplimiento”, pues sugiere la existencia de un proceso más bien complejo, similar a la elaboración e implementación de las políticas públicas. En tal proceso, una o varias resoluciones judiciales pasan por diversas etapas de interpretación, negociación y cumplimiento parcial, más que ser objeto de estricta aplicación. Un buen ejemplo de ello son los llamados casos de reforma penitenciaria (*prison reform cases*) en los Estados Unidos a partir de los años sesenta, a los cuales se hará referencia más adelante, pero también el complejo y conflictivo proceso de la desegregación racial en ese mismo país a partir de la famosa sentencia de la Suprema Corte en el caso *Brown v. Board of Education* de 1954, pues requirió la reiterada intervención de los tribunales federales inferiores, así como la participación ocasional de las fuerzas del orden público para vencer la resistencia de las autoridades y los ciudadanos de los estados sureños.⁵⁶⁴ Incluso el empleo de la jurisprudencia de los tribunales supremos a cargo de los inferiores puede ser visto como problema de implementación.⁵⁶⁵ Todo ello significa, en términos prácticos, que la sentencia no es realmente definitiva, en el sentido de que es probable que sirva solamente como fundamento de actividades ulteriores.⁵⁶⁶

En lo particular, existen diferencias significativas en el proceso de implementación de las sentencias judiciales, dependiendo de la materia de que se trate. La implementación de una sentencia penal, encargada a organismos que son parte formal del sistema de justicia, no es la misma que la de una sentencia civil monetaria, la cual depende mucho de la actividad entre las partes interesadas y la relación que exista entre ellas. La implementación de una sentencia de un tribunal administrativo será seguramente distinta de la de un tribunal laboral, etcétera.⁵⁶⁷

En lo que sigue, se describirán algunos resultados empíricos relativos a este ámbito. Se citarán dos ejemplos tomados de una serie de estudios realizados en Alemania sobre la implementación de diferentes tipos de sen-

⁵⁶⁴ Véase Blankenburg y Voigt (1987b, pp. 10, 15 y ss.). Véanse también los ensayos reunidos en Raiser y Voigt (eds.) (1990), Canon y Johnson (1999, pp. 62 y ss.) y el análisis, relativo a la reforma de las prisiones estadounidenses, en Feeley y Rubin (2000, pp. 299 y ss.).

⁵⁶⁵ *Cfr.* Gottwald (1990, pp. 71 y ss.).

⁵⁶⁶ Blankenburg y Voigt (1987b, p. 12).

⁵⁶⁷ *Ibidem*, pp. 10 y ss.

tencias (cobro de deudas monetarias, divorcio, empleo, asuntos penales, resoluciones administrativas y constitucionales),⁵⁶⁸ y uno más en el que se hace referencia explícita a una “crisis” en la ejecución de sentencias civiles en Inglaterra y Gales.⁵⁶⁹

Un tipo muy común, incluso masivo, de procedimiento judicial se refiere al cobro de deudas monetarias privadas. Este tipo de procedimiento conforma una proporción elevada de los asuntos de que conocen los tribunales civiles en muchos países, pero difícilmente representa un verdadero problema jurídico, ya que en la mayoría de los casos el demandante cuenta con un documento ejecutable y el demandado no contesta la demanda. La ejecución de la sentencia, sin embargo, implica con frecuencia un obstáculo práctico considerable, como lo muestra un estudio alemán sobre el cobro de deudas, la cual se encarga a un funcionario conocido como “ejecutor judicial” (“*Gerichtsvollzieher*”).⁵⁷⁰

El autor de ese estudio acompañó a los ejecutores judiciales en las rondas que realizaban en su distrito judicial por varios meses. Además de lo anterior, se evaluaron los expedientes del ejecutor en relación con la conducta observada. También se preguntó a los deudores las razones del inicio del procedimiento de ejecución o de por qué no se había pagado la deuda. El estudio ofrece algunos resultados interesantes, que se resumen en seguida:⁵⁷¹

- Los deudores siguen una especie de carrera negativa que comprende cinco etapas: 1) primera notificación de un título ejecutable (27% de los casos); 2) los deudores han sido notificados anteriormente y son conocidos del ejecutor judicial (21%); 3) los títulos se acumulan en el tiempo y son notificados regularmente (20%); 4) el deudor ofrece el “*Offenbarungseid*”, es decir, una declaración solemne y formal de insolvencia (13.7%); 5) se reconoce oficialmente que el deudor carece de bienes embargables (17.6%)

⁵⁶⁸ Blankenburg y Voigt (eds.) (1987a).

⁵⁶⁹ Baldwin y Cunnington (2004).

⁵⁷⁰ Klein (1987). Véase también el ensayo de Hörmann (1987) en el mismo volumen, el cual ofrece un análisis estadístico de las cargas de trabajo de los tribunales civiles en relación con los procedimientos de ejecución (entre 1957 y 1981). No se produjo ningún incremento dramático en los asuntos por deudas, pero se observó un incremento mediano en la actividad ejecutora de los tribunales.

⁵⁷¹ Klein (1987, pp. 52 y ss.).

- El ejecutor conoce la etapa en la que se encuentran los deudores y ajusta su trabajo en consecuencia.
- Los trabajadores, empleados, personas desempleadas y mujeres ocupadas en actividades domésticas están sobrerrepresentadas en relación con la tasa de ejecuciones en el distrito.
- El 70% de los procedimientos de ejecución se refieren a títulos ejecutivos; 13% se fundan en sentencia.
- Los acreedores pertenecen principalmente a las siguientes categorías: 18.4% son grandes almacenes de envío por correo; 71.4% son negocios medianos o pequeños; 5.1% son empresas proveedoras de servicios públicos, y 5.1% son acreedores particulares.
- En 15% de los casos se ofrecen las siguientes razones para la falta de pago: ingresos no cobrados o falta de dinero, 20.7%; violaciones contractuales atribuibles a la otra parte, 31.7%; olvido, 11%; culpa propia, 11%; culpa de terceras personas o miembros de la familia, 13.4%.
- Los esfuerzos de cobro del ejecutor (501 casos) generaron los siguientes resultados: en 8% de los casos, el deudor prometió pagar la deuda; en 55.5% de los casos los esfuerzos del ejecutor no tuvieron éxito;⁵⁷² en 19.4% de los casos se realizó el pago, en 11.4% se tuvo éxito en el embargo de bienes y propiedades.

Como puede observarse, la probabilidad de que se recuperara alguna suma fue de no más del 40%. Cuando los demandantes potenciales conocen de antemano esta probabilidad, tienen que tomarla en cuenta para el cálculo de los costos del litigio y el valor monetario de la sentencia. Hay que considerar que es frecuente que incurran en deudas personas que nunca estarán en condiciones de pagarlas. En tales casos, los negocios afectados fueron incapaces de estimar oportunamente el riesgo, o bien, incluyeron en el cálculo de los costos corrientes una cierta tasa de no pago (esto parece ser la regla en el caso de los grandes negocios).⁵⁷³

Por lo que se refiere a Inglaterra y Gales, aunque se han hecho numerosos estudios empíricos en las últimas décadas, varias investigaciones re-

⁵⁷² Este porcentaje corresponde en general a los deudores que están incluidos en las tres últimas categorías de la "carrera".

⁵⁷³ Para un análisis muy detallado de los problemas jurídicos y económicos derivados del crédito al consumo, véase el estudio sobre Alemania de Holzschek, Hörmann y Daviter (1982), en especial los apartados XIII y XIV sobre la ejecución judicial de deudas de los consumidores.

cientes de los años noventa muestran que alrededor de un tercio de los demandantes no habían recibido ningún pago al menos seis meses después de la fecha del juicio.⁵⁷⁴ El estudio que enseguida se resume muy brevemente se refiere a la ejecución de sentencias otorgadas en rebeldía, es decir, cuando el demandado no contesta la demanda ni comparece a juicio, supuesto que se produce en una abrumadora y rutinaria mayoría de los asuntos de esta clase. El estudio se realizó mediante entrevista telefónica (y en algunos casos, a través de cuestionario) a dos muestras de demandantes y demandados.⁵⁷⁵ Los resultados revelaron que en la gran mayoría de los casos los demandantes eran empresas que reclamaban la falta de pago de bienes y servicios. La demanda no se había presentado con la expectativa de que ello indujera al deudor a pagar, sino como medio indispensable para iniciar el procedimiento de ejecución.⁵⁷⁶

Sólo una minoría de los demandantes entrevistados (20% o menos) había recibido pago pleno y oportuno en los términos del mandamiento judicial. En cambio, entre un 50 y un 60% de los casos (según la muestra) no habían conducido a ningún pago, a pesar de que en la mayoría de ellos el demandante había hecho considerables esfuerzos por obtenerlo. En el resto de los asuntos se había obtenido algún pago, requiriéndose también con frecuencia un esfuerzo considerable por parte del demandante. Un hallazgo especialmente preocupante fue que mientras mayor fuera la suma reclamada, menor resultaba la probabilidad de recuperarla.⁵⁷⁷

Vale la pena hacer notar de que a pesar de la escasa probabilidad de lograr el cobro de la deuda, los demandantes mencionaron con frecuencia dos motivaciones adicionales para iniciar el procedimiento. La primera era la posibilidad de presionar al deudor mediante la inscripción de la sentencia en el registro oficial del tribunal, lo que podría tener consecuencias para futuras solicitudes de crédito. La segunda consistía en la solicitud de liquidación de la empresa deudora.⁵⁷⁸

En tiempos de crisis financiera, la falta de pago se convierte en un fenómeno de masas que afecta a amplios sectores económicos, y los juicios pa-

⁵⁷⁴ Baldwin y Cunningham (2004, p. 308).

⁵⁷⁵ El contacto y la entrevista con los demandados fue, por razones obvias, especialmente difícil. La respuesta obtenida al final impidió un análisis detallado de los resultados. *Ibidem*, p. 315.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 316.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, pp. 316 y ss.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, pp. 322 y ss.

ra el cobro de deudas adquieren rápidamente matices sociales y políticos que exceden la posibilidad de manejarlos efectivamente a través del sistema judicial. Por tanto, no resulta sorprendente que, tarde o temprano, surja una tendencia a tratar de resolver extrajudicialmente tales conflictos, mientras que se desarrollan mecanismos institucionales que enfrenten de manera rutinaria las suspensiones de pagos. Una alternativa en este sentido viene a ser, claro está, el surgimiento de los mecanismos privados de cobro de créditos. Así, por ejemplo, hay datos de que el monto anual de créditos recuperados por las agencias comerciales en Alemania a fines de los años noventa era tres veces superior al recuperado por los ejecutores judiciales. Los métodos de cobro utilizados por estas agencias incluyen no sólo medidas de ejecución en sentido estricto, como el embargo de propiedades, sino también diversas “tácticas de persuasión”, tales como cartas de advertencia, llamadas telefónicas y visitas personales, a fin de someter al deudor a un cierto grado de presión.⁵⁷⁹

El segundo ejemplo alemán se refiere a las sentencias pronunciadas por los tribunales administrativos sobre la validez de los planes de desarrollo urbano aprobados por los gobiernos municipales e impugnados por los ciudadanos.⁵⁸⁰ Una parte del estudio se refiere a la reacción de estos gobiernos locales a las sentencias judiciales, ya fuera que los tribunales hubieran declarado la invalidez de los planes o que un tribunal administrativo regional o superior hubiera dictado una resolución con posibles consecuencias generales para ellos, pero sin efectos obligatorios directos.⁵⁸¹ En el primer caso, la tasa de cumplimiento fue bastante alta, aunque ocasionalmente se produjeron tácticas de evasión o dilación, mientras que en el segundo, se observaron con más frecuencia tácticas de evasión, no cumplimiento o indiferencia. Los planes que hubieran resultado inválidos seguían siendo tratados, de manera oficial, como válidos.

La diferencia en las reacciones se explica, en parte, por las diversas constelaciones de actores e intereses participantes en el proceso de implementación. En el primer caso, puede decirse que los ciudadanos, la opinión pública local, los abogados y los arquitectos tienen un potencial elevado de influencia. En el segundo, tal potencial disminuye considerablemente, si bien es mayor la posible influencia de ciertos actores, como los represen-

⁵⁷⁹ Budak (1998, pp. 34 y ss.).

⁵⁸⁰ Schäfer (1987).

⁵⁸¹ *Ibidem*, pp. 295 y ss.

tantes de opiniones profesionales o técnicas. Sin embargo, en ambas situaciones la influencia de las autoridades locales siguió siendo alta.⁵⁸²

c. Políticas públicas

No hay duda de que los tribunales son capaces de perseguir ciertas políticas identificables cuando aplican e interpretan el derecho. El creciente papel que desempeñan los tribunales en las sociedades contemporáneas, el que hemos examinado en un capítulo anterior, así como el uso instrumental del derecho, explican y justifican esta posibilidad. Sin embargo, perseguir algunas políticas al resolver casos individuales puede ser algo distinto que la elaboración de políticas públicas generales. En un reciente y notable estudio sobre la intervención de los tribunales federales estadounidenses en la reforma penitenciaria en ese país después de 1965, los autores, Malcolm M. Feeley y Edward L. Rubin, sostienen este punto de manera convincente, al afirmar que los tribunales son capaces de elaborar políticas como un modo distinto de actuación judicial que no puede explicarse en términos de la interpretación de las leyes existentes en casos individuales.⁵⁸³ Al elaborar e implementar tales políticas, los tribunales no están realmente “aplicando” la ley en un sentido estricto (aunque sigan afirmando que no es otra cosa lo que hacen), sino que utilizan el derecho meramente como un fundamento de autoridad amplio para su actuación; en tal sentido, dichas políticas no resultan sustancialmente distintas a las que llevan a cabo los otros poderes del Estado. Los casos de la reforma penitenciaria constituyen un excelente ejemplo de cómo los tribunales pueden identificar y abordar un problema social general que hay que resolver, y cómo escogen y llevan a cabo las soluciones adecuadas.⁵⁸⁴

Después de un largo periodo caracterizado por un enfoque de “no intervención” en el tratamiento de las quejas de los internos, de manera repentina, en 1965, los tribunales federales estadounidenses empezaron a intervenir activamente en el funcionamiento de las penitenciarías de los estados. Entre 1965 y 1970, dichos tribunales declararon inconstitucionales, en todo o en parte, las penitenciarías de Arkansas, Mississippi, Oklahoma, Flo-

⁵⁸² *Ibidem*, p. 296.

⁵⁸³ Feeley y Rubin (2000).

⁵⁸⁴ *Ibidem*, pp. 4 y ss. Feeley y Rubin examinan e interpretan este proceso utilizando los modelos “clásico”, “incremental-intuitivo” y “hermenéutico” de las políticas públicas.

rida, Louisiana y Alabama. Cinco años más tarde, en 28 jurisdicciones más (y al final 48 de un total de 53) se había declarado inconstitucional al menos una de sus instalaciones penitenciarias.⁵⁸⁵ Tanto si los funcionarios de las penitenciarías se resistían a ella como si le daban la bienvenida, la intervención de los tribunales federales duró muchos años y, en al menos diez estados, sus resoluciones e instrucciones se ocuparon de virtualmente todos y cada uno de los aspectos de cada reclusorio del estado, desde las oportunidades del debido proceso otorgadas a los internos hasta el vataje de las bombillas eléctricas en las celdas y el contenido calórico de las comidas.⁵⁸⁶

Los casos de reforma penitenciaria son de interés por varias razones. Feeley y Rubin los utilizan para explorar a profundidad el funcionamiento de los tribunales en las sociedades modernas. Aquí examinaremos brevemente la efectividad y la eficiencia social de las políticas judiciales en estos casos, así como su vinculación con la selectividad.

¿Qué tanto éxito tuvieron los tribunales en la reforma de las prisiones? Feeley y Rubin señalan que cualquier evaluación del éxito tendrá que ser relativa, pero que el impacto de las políticas dictadas por los tribunales en esta área se puede resumir fácilmente.⁵⁸⁷ En su opinión, los tribunales lograron al menos lo siguiente:⁵⁸⁸

- La ampliación de derechos constitucionales bien reconocidos para beneficio de los internos.
- La abolición de lo que llaman el “modelo sureño de plantación” para el encarcelamiento.
- La aceleración y consolidación de tendencias de reforma más amplias en las instituciones correccionales.

Estas tendencias se hacen visibles en la profesionalización y burocratización de la administración penitenciaria; en el surgimiento de una nueva generación de administradores penitenciarios, y en el desarrollo e imple-

⁵⁸⁵ *Ibidem*, pp. 39 y ss. El primer objetivo de los tribunales fue el modelo de “plantación” (por su semejanza con las plantaciones sureñas del siglo XIX) de las prisiones en la mayoría de los estados sureños y el cual los jueces consideraban como gravemente desviado desde la perspectiva de los estándares carcelarios nacionales de la época.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 362.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, pp. 366 y ss.

mentación de estándares carcelarios nacionales. En particular, la burocratización de las prisiones condujo, según Feeley y Rubin, a un funcionamiento más eficiente y responsable del sistema penitenciario. Por otra parte, los tribunales no lograron prescribir nuevas alternativas a la prisión, pues su enfoque reformista implicaba solamente cambios incrementales a las instituciones existentes.

¿Fue el proceso de reforma logrado por los tribunales social e institucionalmente eficiente? Según el modelo tradicional de la función judicial, podría decirse que los tribunales no eran las instituciones más indicadas para llevar adelante este proceso. Sin embargo, los tribunales se comportaron más o menos del mismo modo que cualquier otro organismo de la política pública, sin importar su naturaleza judicial, y en ello fueron bastante efectivos. Hay que hacer notar que los tribunales se vieron envueltos en la reforma penitenciaria en parte debido a que la legislatura y el ejecutivo, tanto a nivel estatal como federal, habían mostrado escaso interés en el tema. Los tribunales estaban respondiendo claramente a sus propias y particulares nociones de moral social, lo que hacía aparecer sus esfuerzos como necesarios y legítimos. Esto facilitó la rápida aceptación de sus resoluciones en el nivel de apelación, incluyendo a la Suprema Corte. Así, se puede afirmar que la intervención de los tribunales fue socialmente eficiente, pues resultaba necesaria, efectiva y legítima.

También resulta interesante el comportamiento de los tribunales en los casos de reforma penitenciaria desde el punto de vista de la selectividad. Inicialmente, los tribunales federales desechaban rutinariamente las quejas de los internos con base en argumentos técnicos, pero también como reflejo de la percepción que tenían de su propio rol.⁵⁸⁹ Así, por ejemplo, el Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito llegó a señalar lo siguiente: “Pensamos que es pacífica la opinión de que no es función de los tribunales supervisar el trato y la disciplina de los internos en las penitenciarías, sino solamente librar de la prisión a los que hayan sido confinados de manera ilegal”.⁵⁹⁰ A pesar del desechamiento rutinario de sus quejas, los internos no se desanimaron y siguieron enviando sus quejas, ya que los dos principales factores que impiden a las personas acudir a juicio (tiempo y dinero) no tenían mucho significado para ellos.⁵⁹¹ Gradualmente, los jueces sintie-

⁵⁸⁹ *Ibidem*, pp. 30 y ss.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, pp. 30 y 31.

⁵⁹¹ *Ibidem*, pp. 34 y ss.

ron la necesidad de dar una respuesta diferente a las quejas, lo que también implicó la necesidad de mirar su papel bajo una luz diferente y superar las nociones tradicionales de federalismo y división de poderes.⁵⁹² Naturalmente, esta respuesta provocó nuevos litigios. Pero una vez que creyeron que la tarea estaba esencialmente resuelta (aunque quizá tuvieron que ver también otros factores), el movimiento de reforma comenzó a declinar.⁵⁹³

Es posible aprender al menos dos cosas de este ejemplo. En primer lugar, la selectividad es claramente tanto una función de la interpretación “técnica” de las normas jurídicas por parte de los tribunales como de la percepción de su papel institucional. Los tribunales pueden modificar ambos en respuesta a las nuevas opiniones sociales. Y en segundo término, la admisión o el desechamiento de una queja puede no tener impacto en el volumen de asuntos que tramitan los tribunales cuando se cumplen ciertas condiciones marginales; así, por ejemplo, cuando el acceso a los tribunales no implica ningún costo, o los costos son menores (como sucedió con los internos), o cuando se espera que proporcionen la respuesta más efectiva, cuando no la única, especialmente si las demandas que se les dirigen son formuladas en el lenguaje de los “derechos constitucionales”.

B. *Precedentes*

En teoría, los efectos de las resoluciones judiciales individuales se circunscriben a las partes de la controversia, pero en la realidad, tienden a trascender el caso particular. Se trata de una especie de señal o mensaje sobre cómo los tribunales tratarán asuntos similares en el futuro.⁵⁹⁴ Esto es verdad en la medida que los tribunales siguen el principio fundamental de la justicia (la “fórmula de contingencia”, en los términos de Niklas Luhmann) que consiste en “tratar igual a los casos iguales”, y que es la fuente de otro valor básico —el de certeza— que el derecho debe garantizar. Por tanto, las resoluciones judiciales siempre tienen algún valor como precedentes. Vale la pena hacer notar que si bien los tribunales no aceptan, por lo general, los “juicios anticipatorios”, éste es precisamente el efecto que sus resoluciones pueden tener para quienes no son partes, pues pueden beneficiarse, sin costo alguno, de las resoluciones que los demandantes y los de-

⁵⁹² *Ibidem, passim.*

⁵⁹³ *Ibidem*, pp. 46 y ss.

⁵⁹⁴ Véase Galanter (1981).

mandados han provocado y para lo cual han incurrido en gastos. Es en este sentido que la función judicial es un “bien público”. Las resoluciones judiciales tienen también impacto en la selectividad, al incentivar o desalentar las demandas. Tal impacto se refiere tanto a la autoridad formal como a la informal de los precedentes, a su difusión, así como al grado de consistencia entre ellas.

a. Autoridad y difusión

Hemos señalado que las resoluciones judiciales trascienden, de manera natural, el asunto concreto en que se producen. Si bien esto no quiere decir necesariamente que poseen una fuerza vinculante particular, los sistemas jurídicos han desarrollado en ocasiones doctrinas y principios que confieren autoridad legal formal a dichas resoluciones más allá del asunto concreto en que se dictan.

Un buen ejemplo de ello es, por supuesto, la doctrina de *stare decisis* que han desarrollado y siguen los tribunales en los países del *common law*. *Stare decisis* significa que los tribunales están sujetos a sus propias resoluciones pasadas o a las del tribunal de mayor jerarquía en su jurisdicción cuando deciden asuntos similares, es decir, cuando no pueden distinguirse los hechos del caso.⁵⁹⁵ Conviene señalar que esta doctrina no pudo haberse desarrollado sin un sistema efectivo para el registro y la publicación de los asuntos, situación que no existió realmente antes del siglo XIX y no pudo haberse desarrollado sin alguna noción de derecho sustantivo.⁵⁹⁶ En la actualidad, la doctrina de *stare decisis* parece estar en declive como consecuencia de los litigios en masa y los sistemas de información computarizada. Como lo señala un comentarista: “La influencia del poder judicial ha declinado a la vez que ha crecido su tamaño; *stare decisis* se describe como autodestructiva, puesto que si todas las resoluciones son correctas, las malas tienen que ser ahogadas junto con las buenas en el intento de establecer armónicamente el derecho”.⁵⁹⁷ Dicho en otros términos: si acaso, el derecho se encuentra en grupos de resoluciones, más que en los asuntos individuales.⁵⁹⁸

⁵⁹⁵ Kempin (1990, pp. 102 y ss.).

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 103 y Glenn (1995).

⁵⁹⁷ Glenn (1995, p. 270).

⁵⁹⁸ Como parece que era la concepción medieval. Kempin (1990, p. 103). Feeley y Rubin (2000, pp. 28 y ss.) ofrecen una visión similar en relación con los casos de refor-

Por otro lado, existen sistemas jurídicos, pertenecientes en su mayoría a la tradición romanista, en los que las resoluciones judiciales, en teoría al menos, afectan solamente al asunto particular y carecen de toda obligatoriedad jurídica formal que vaya más allá de él. Inclusive las resoluciones de los tribunales supremos ordinarios tienen fuerza vinculante solamente respecto del asunto particular. Así, por ejemplo, pueden anular una sentencia de un tribunal inferior, indicándole a un tribunal de la misma jurisdicción y jerarquía, al cual se envía el asunto para su reconsideración, sobre cómo aplicar correctamente el derecho (indicaciones que el tribunal puede seguir o no), como sucede, por ejemplo, con la Corte de Casación en Francia.⁵⁹⁹ Sin embargo, la naturaleza de las sentencias de este tribunal como razonamiento racional sobre cómo aplicar la ley correctamente, y el hecho de que son publicadas, comentadas y citadas por los abogados a través de una red de vasos comunicantes, les confieren una autoridad jurídica propia que trasciende los casos particulares en que fueron dictadas.⁶⁰⁰

La fuerza jurídica de las resoluciones judiciales, particularmente las de los tribunales de apelación,⁶⁰¹ parece apoyarse fuertemente en los canales que existen para su publicación y difusión, y tal publicación está sesgada, en el sentido de que los asuntos y las sentencias son seleccionados de acuerdo con determinados criterios de relevancia. La transformación de las resoluciones de un Tribunal Supremo en referencias de jurisprudencia no es automática. Más que el producto de una selección racional y neutral, los profesionales del derecho (editores, jueces, profesores) participan en el proceso de difusión al seleccionar, reproducir, reducir y comentar las sentencias sobre la base de criterios que no se hacen explícitos.⁶⁰² La pu-

ma penitenciaria en los Estados Unidos. Estos casos no radican en resoluciones individuales relativas “a una controversia puramente autocontenida entre dos partes iguales y plenamente competentes...”, sino en “narraciones que describen la compleja y continua interacción entre un tribunal y una prisión o sistema penitenciario...”. Su conclusión es que “estos casos ampliados constituyen la verdadera fuente para la comprensión del derecho moderno” (p. 29).

⁵⁹⁹ *Cfr.* Vincent *et al.* (1996, pp. 408 y ss.).

⁶⁰⁰ Véase Serverin (1993, pp. 345 y ss.).

⁶⁰¹ La capacidad de crear reglas es reconocida principalmente en el nivel de apelación. Esto puede deberse al hecho de que las sentencias en apelación no sólo aplican el derecho sino que también reflexionan sobre el proceso de su correcta aplicación con fundamento en una previa resolución de primera instancia.

⁶⁰² Serverin (1993, pp. 347 y ss.). Véanse también Siegelmann y Donohue III (1990) y Atkins (1990).

blicación, en particular, desempeña un papel central en este proceso. En los Estados Unidos, por ejemplo, no se publican ya todas las opiniones de los tribunales federales de apelación, sino solamente las que satisfacen diversos criterios que tienen el propósito de identificar una opinión con probabilidades de tener valor de precedente.⁶⁰³ Aunque hay acceso a las opiniones no publicadas, éstas no pueden ser citadas por los abogados en el circuito que las dictó, ni los tribunales las citan como precedentes en sus propias resoluciones.⁶⁰⁴

Obviamente, la no publicación de las resoluciones es una adaptación útil al incremento de las cargas de trabajo, pues una resolución no publicada no tiene que ser tan cuidadosamente preparada como una que sí lo es. Sin embargo, hay bastante espacio para debatir la utilidad de que una clase de resoluciones de apelación no pueda ser utilizada como precedentes, tomando en cuenta que los criterios para la publicación son vagos y que por ello es posible que se supriman precedentes de importancia.⁶⁰⁵ Lo que es más grave es que las resoluciones no publicadas de un tribunal no constituyen una muestra aleatoria de todas sus sentencias, de modo que las resoluciones publicadas “ofrecen una impresión engañosa sobre las opiniones de los jueces” — y, por tanto, un incentivo favorable a la presentación de más impugnaciones—, ya que es más probable que se publiquen las revocaciones que las confirmaciones, las cuales constituyen la mayoría de las resoluciones apeladas.⁶⁰⁶ Así, por ejemplo, de acuerdo con un estudio sobre las quejas por discriminación laboral planteadas ante los tribunales federales de los Estados Unidos, de 80 a 90% de los casos no producen una resolución publicada. Una comparación directa de los asuntos publicados y los no publicados muestra que los dos conjuntos difieren en aspectos significativos, pero predecibles (por ejemplo, los asuntos con resolución publicada tienden a ser más complejos), y que una comprensión del modo como opera el derecho contra la discriminación laboral cambiaría, incluso en ocasiones de manera dramática, si se tomaran en cuenta todos los asuntos y no sólo los que cuentan con una opinión publicada.⁶⁰⁷

Más aún, los litigantes institucionales pueden beneficiarse de las resoluciones no publicadas, a las cuales tienen un acceso más fácil, e influyen

⁶⁰³ Posner (1996, pp. 162 y ss.), con mayores referencias a la bibliografía relevante.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 165.

⁶⁰⁵ *Idem*.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 167.

⁶⁰⁷ Siegelman y Donohue III (1990).

también en la decisión de publicar las resoluciones que son favorables a sus intereses.⁶⁰⁸ A partir de este ejemplo puede verse con facilidad que la decisión de publicar o no una resolución afecta el comportamiento de los litigantes de maneras que no son necesariamente deseables o eficientes. Por otra parte, no parece haber alternativa a la publicación limitada.⁶⁰⁹

En los países de tradición jurídica romanista, la discusión sobre las facultades creadoras de derecho de los jueces ha puesto en claro que la “aplicación” del derecho es mucho más compleja y rica que la operación mecánica que se suponía que era, según la ideología defendida por la Revolución Francesa. Estas facultades creadoras de derecho han sido reconocidas frecuentemente como de naturaleza casi legislativa, en el sentido de que las leyes y los códigos dependen de la interpretación judicial y la académica para su aplicación.⁶¹⁰ Algunas veces tales interpretaciones sirven como fundamento para los cambios en esas mismas leyes y códigos.⁶¹¹ En todo caso, las facultades creadoras de derecho del juez no son equivalentes a las del legislador.⁶¹²

Sin embargo, existen tribunales a los que se les ha otorgado de manera directa, explícita y formal facultades legislativas, aunque de naturaleza especial. Es el caso de los tribunales constitucionales que se han establecido en números crecientes en Europa, América Latina y otros países desde fines de la Segunda Guerra Mundial.⁶¹³ Tales tribunales actúan como una especie de legislador “negativo” cuando invalidan, con efectos generales o *erga omnes*, una ley o reglamento que consideran inconstitucional. En otros casos no invalidan la regla inconstitucional, pero instruyen al legislador para cambiarla de acuerdo con ciertos lineamientos.

No nos preocuparemos aquí de los fundamentos teóricos de estas instituciones judiciales especiales o de la fuente de sus facultades para anular reglas generales. Está claro, sin embargo, que tal facultad puede ser justifi-

⁶⁰⁸ Posner (1996, 167).

⁶⁰⁹ *Ibidem*, pp. 168 y ss.

⁶¹⁰ Véase, por ejemplo, Shapiro (1981, pp. 136 y ss.).

⁶¹¹ Luhmann (1993, pp. 302, 320 y ss.) postula que la relación entre el legislador y el juez no es asimétrica, es decir, que el segundo está subordinado al primero, sino circular, en el sentido de que el juez observa al legislador para desarrollar criterios y doctrinas de la interpretación (por ejemplo, el principio del “legislador racional”), mientras que el legislador, al legislar, observa también a los jueces y anticipa el modo en que éstos van a interpretar y aplicar las leyes.

⁶¹² *Cfr.* Cappelletti (1989, pp. 30 y ss.).

⁶¹³ *Ibidem*, pp. 185 y ss.

cada también por razones tanto de justicia como de eficiencia: justicia (aquí: “igualdad ante la ley”), en la medida que no parece justo que solamente quienes solicitan la protección del tribunal disfruten de ella, especialmente en vista del hecho de que el caso se refiere a una regla general que ha sido declarada inconstitucional; eficiencia, en la medida en que una sentencia hace innecesarias cientos, si no es que miles, de demandas que pretenden lograr la misma protección.⁶¹⁴

Existen otros medios para extender los efectos de una sentencia a un número mayor de personas de las que comparecen en juicio. Las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos, por ejemplo, permiten representar en un procedimiento judicial a un grupo de demandantes que no necesariamente comparecerán personalmente al juicio, pero que serán afectados por la sentencia, siempre que el tribunal considere que se satisfacen ciertos requisitos. Como lo señala Mauro Cappelletti, este y otros mecanismos procesales similares pretenden “lograr una protección flexible, eficiente para el grupo y los intereses colectivos contra los abusos de la economía de masas y el gran gobierno...”⁶¹⁵

Aquí, nuevamente, estos mecanismos parecen justificados tanto en términos de justicia y eficiencia: un grupo de personas que de otro modo no habría interpuesto una demanda, obtiene acceso a un remedio judicial y al mismo tiempo evita los costos comparativamente altos de organizar una comparecencia colectiva ante los tribunales o de interponer ante ellos un gran número de demandas individuales. Sin embargo, es dudoso que esta forma de representación ahorre gastos al sistema judicial. De hecho, lo contrario puede ser el caso: las acciones de grupo pueden fomentar la propensión a litigar (hemos supuesto, por ejemplo, que los demandantes no habrían interpuesto demanda por su cuenta), y la dispersión de las partes, en particular de los potenciales demandados, se traduce en costos considerables de ejecución y otros.⁶¹⁶

⁶¹⁴ El caso mexicano puede resultar paradigmático. Cuando los individuos solicitan la protección de la justicia federal contra la aplicación de disposiciones generales que consideran inconstitucionales y la Suprema Corte de Justicia se las otorga, tal protección favorece solamente al quejoso, ya que el tribunal no puede hacer ninguna declaración general sobre la disposición de que se trate, es decir, no puede anularla con efectos generales. Por tanto, dicha sentencia no favorece a otros individuos, los cuales se ven forzados a solicitar y obtener la misma protección. Taylor (1997, p. 156).

⁶¹⁵ Cappelletti (1989, p. 290).

⁶¹⁶ Véase Komesar (1994, pp. 130 y ss.).

En conclusión, puede ser más eficiente encontrar modos de atribuir efectos jurídicos más amplios a las sentencias judiciales y mejorar los mecanismos de publicación y difusión de las resoluciones que promover las acciones de grupo y otros mecanismos procesales similares. No obstante, existen límites obvios sobre los efectos que pueden tener las resoluciones judiciales si no ha de borrarse del todo la distinción entre legislación y jurisdicción, y si la decisión de litigar, impulsada sobre todo por el interés propio, implica una diferencia todavía respecto de la decisión de *no* litigar.

b. Consistencia

En términos generales, las resoluciones judiciales deben ser consistentes entre sí. Las sentencias contradictorias dictadas por un mismo tribunal, o por diferentes tribunales, en relación con la misma cuestión jurídica o una similar, pueden crear un estado de incertidumbre que se traducirá en mayores costos sociales (de transacción). Si bien tales divergencias son inevitables hasta cierto punto, dada la multiplicidad de órganos judiciales, así como la posibilidad objetiva de que la ley se interprete de distintas maneras, los sistemas judiciales han desarrollado una variedad de medios para evitarlas.⁶¹⁷

Antes de examinar estas soluciones conviene hacer notar, primero, que los cambios en los criterios y doctrinas judiciales en el tiempo no constituyen necesariamente una contradicción en el sentido arriba mencionado. Un hecho inevitable es que los tribunales ofrezcan diferentes respuestas en distintos momentos, si pretenden mantenerse abiertos a las cambiantes necesidades sociales y responder a ellas.⁶¹⁸ Por otra parte, los tribunales no deberían cambiar sus criterios de un modo que resulte sorprendente, errático o injustificado.⁶¹⁹ Por el contrario, parece preferible que las nuevas soluciones se introduzcan de manera paulatina, a fin de que los tribunales exa-

⁶¹⁷ Luhmann (1993, p. 327) señala que son las únicas instituciones en el sistema jurídico encargadas de vigilar la consistencia de las decisiones jurídicas, incluyendo las propias.

⁶¹⁸ Por mucho tiempo se consideró, en los sistemas de *common law*, que la doctrina de *stare decisis* impedía a los tribunales modificar sus propios criterios, aunque esta postura fue cambiando paulatinamente. La Cámara de los Lores inglesa la abandonó apenas en 1965. Kempin (1990, p. 102).

⁶¹⁹ O como Luhmann pudo haberlo formulado (1993, pp. 338 y ss.): no sin antes haber generado un nivel suficiente de redundancia.

minen sus diversas consecuencias, antes de que constituyan una tendencia jurisprudencial identificable.

La *jerarquía* y la obligatoriedad de los *precedentes* —cuando existe tal figura— son los principales medios para controlar tradicionalmente la consistencia entre las resoluciones judiciales. Otra posibilidad consiste en centralizar la resolución de las contradicciones en un tribunal supremo o en un colegio especial establecido para tal propósito, como lo es también la realización de un nuevo juicio con un número mayor de jueces.⁶²⁰

En México, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia resuelve las contradicciones que se producen entre las resoluciones de sus salas, entre sus propias resoluciones y las de otros tribunales federales inferiores, así como entre las sentencias de estos últimos.⁶²¹ En Alemania, el tribunal supremo de cada una de las cinco ramas de la jurisdicción ordinaria (civil y penal, laboral, de la seguridad social, fiscal, y administrativa) está compuesto por lo común de varias salas (“*Senate*”). Por ejemplo, cuando las salas civiles y penales del Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof* o BGH) dictan resoluciones contradictorias, la contradicción se resuelve por la respectiva “gran sala”. Si se produce una contradicción entre una sala civil y una penal, incluyendo una gran sala, la contradicción es resuelta entonces por las “grandes salas unidas”.⁶²²

Esta última solución depende en buena medida de la efectividad del mecanismo utilizado para identificar las contradicciones, a fin de llamar la atención del tribunal u organismo judicial competente sobre ellas, así como del tiempo que tomará resolver la contradicción. Por lo común, la facultad de denunciar una contradicción ante los tribunales es conferida a los tribunales mismos, a las partes o a ciertos funcionarios, como el Fiscal o Procurador General. En vista del enorme incremento de posibles contradicciones entre las sentencias judiciales, se podría argumentar, por ejemplo, que es más efectiva una solución tecnológica (computarizada) para lograr su identificación.

⁶²⁰ La doctrina académica también desempeña un papel importante, al analizar las resoluciones judiciales y exponer sus inconsistencias.

⁶²¹ La resolución que resuelve una contradicción es obligatoria para todos los tribunales inferiores en el futuro, pero las resoluciones que dieron origen a la contradicción permanecen sin cambio.

⁶²² Véanse los §§ 132, 136 y 137 de la “*Gerichtsverfassungsgesetz*” alemana (Ley Orgánica de los Tribunales Civiles y Penales). Igualmente el § 11 de la “*Verwaltungsgerichtsordnung*” (Ley Orgánica de los Tribunales Administrativos).

¿Pero cuál es el sentido de resolver contradicciones que no han sido impugnadas o no han afectado todavía ningún interés jurídico? Parece preferible dejar la resolución al filtro selectivo del interés propio o el interés público. Así, sólo los litigantes que tengan interés en futuras controversias tendrán un claro incentivo para impugnar las contradicciones entre sentencias, mientras que, en el largo plazo, la resolución de ellas tenderá a favorecer sus intereses.

III. SELECTIVIDAD HORIZONTAL

Hemos señalado anteriormente qué es lo que se entiende por selectividad “horizontal”. Selectividad horizontal se refiere, principalmente, a la existencia de alternativas al proceso judicial, como la “resolución alternativa de conflictos” (RAC) y otros mecanismos no judiciales, incluyendo la transacción extrajudicial. Desde un punto de vista dinámico, comprende también la *transferencia* de ciertas clases de asuntos a tribunales u órganos diferentes (por ejemplo, de los tribunales ordinarios de primera instancia a los tribunales de pequeñas causas), así como la *desjudicialización* parcial o completa de ciertas controversias. Las controversias se desjudicializan en la medida que ya no son llevadas ante los tribunales, ya sea porque existen modos alternativos de tratarlas o porque, desde un punto de vista jurídico, ya no son objeto de un procedimiento judicial (la despenalización de ciertas conductas sería un buen ejemplo).

En este apartado examinaremos en primer lugar la razonable intuición económica de que la RAC es más barata que el procedimiento judicial normal. Luego, se resumirán varios estudios sociojurídicos empíricos relacionados con esta cuestión. Estos estudios muestran la existencia de lo que puede llamarse el “nivel de filtro” de la RAC y otros arreglos estructurales e institucionales que mantienen una proporción mayor o menor de potenciales demandas fuera de los tribunales. Varios estudios confirman en lo esencial las suposiciones básicas del modelo económico.

El segundo subapartado ofrece algunos ejemplos de investigaciones empíricas que han intentado la tarea, difícil pero indispensable, de comparación de los costos, duración y otras características de los procedimientos judiciales respecto de los alternativos. En el mismo orden de ideas, otros estudios muestran las consecuencias que sobre las tasas del litigio tienen la transferencia y la desjudicialización de ciertas clases de controversias.

1. *La Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) y la infraestructura para evitar los litigios*

A. *Análisis económico de la RAC*

La intuición económica básica nos dice que un arreglo (y en buena medida también otros mecanismos no judiciales, informales, de solución de controversias, como la conciliación y la mediación) son más baratos que el procedimiento judicial formal,⁶²³ lo cual establece una *relación económica recíproca*, aunque no siempre directa, entre los costos de ambos tipos de solución de conflictos. El arreglo extrajudicial y otras alternativas de solución de controversias contribuyen a fijar el “precio” del procedimiento judicial, al funcionar, en alguna medida, como bien sustituto que regula la demanda de los servicios judiciales (pero la aseveración inversa también es cierta). Este vínculo recíproco exige que la evaluación de la eficiencia de los tribunales o la RAC se lleve a cabo como comparación entre ambos tipos de institución.⁶²⁴

Steven Shavell nos ofrece un análisis económico general de la RAC.⁶²⁵ Su punto de partida es la distinción básica entre RAC *ex ante* y *ex post*. La RAC *ex ante* se refiere a los acuerdos para utilizar mecanismos de RAC antes de que surja el conflicto; la RAC *ex post*, al uso de esos mecanismos una vez que ya se ha presentado la controversia.⁶²⁶ La distinción es importante porque los costos y beneficios de ambos tipos de RAC pueden ser diferentes.

La RAC *ex ante* puede ser mutuamente benéfica para las partes de un conflicto porque es capaz de:⁶²⁷

- Reducir los costos o el riesgo de resolución de los conflictos, aunque la posibilidad de costos menores requiere matizarse: en la actualidad, las partes no pagan los costos completos de la resolución judicial de un conflicto, pero sí los de la RAC. Por tanto, la RAC puede parecer

⁶²³ Uno podría preguntarse por qué, si los costos de un arreglo son menores a los de un juicio, no se arreglan todos los asuntos. Una respuesta radica en la incertidumbre sobre el resultado de un litigio para ambas partes. Posner (1996, pp. 89 y ss.).

⁶²⁴ *Cfr.* Komesar (1994).

⁶²⁵ Shavell (1995a).

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 2.

⁶²⁷ *Ibidem*, pp. 2, 5 y ss.

más cara en comparación con los tribunales de lo que es en realidad, por lo que su utilización será menos frecuente de lo que debería ser.⁶²⁸

- Crear mayores incentivos a través de resultados más correctos o de otras características.
- Crear mayores incentivos para generar conflictos o para evitarlos.

Tales beneficios no se pueden obtener, por lo general, de los acuerdos *ex post* para utilizar la RAC, en particular porque es demasiado tarde para incorporar sus incentivos positivos al comportamiento de las partes.⁶²⁹ Sin embargo, la RAC produciría ganancias mutuas a través de la promoción de los arreglos y la reducción de los costos de resolución de los conflictos. En este sentido son posibles dos regímenes: en el primero, el uso de la RAC, tanto vinculante como no vinculante, es voluntario,⁶³⁰ en el segundo, se requiere el uso de RAC no vinculante antes de poder acudir a un juicio.

Las principales conclusiones por lo que se refiere a la RAC *ex post* son las siguientes:⁶³¹

- Cuando el uso de la RAC es voluntario, no se afecta la tendencia a presentar demandas judiciales: el demandado siempre puede negarse a recurrir a ella, de modo que el demandante tiene que estar dispuesto a acudir a juicio para contar con una amenaza creíble.
- La tendencia a demandar judicialmente puede ser tanto más elevada o más reducida en el caso de la RAC no vinculante: más elevada, porque la parte renuente a acudir a juicio estaría dispuesta a participar en la RAC no vinculante, que es más barata, y, por tanto, a presentar demanda;⁶³² más reducida, porque con el propósito de ir a juicio, una de las partes tiene que incurrir en los costos de la RAC más los costos del juicio, en lugar de sólo estos últimos.⁶³³

⁶²⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁶²⁹ *Ibidem*, pp. 3, 9 y ss.; análisis formal en las pp. 21 y ss. Conviene hacer notar que la RAC *ex post* puede ser la forma alternativa utilizada con mayor frecuencia, ya que la RAC *ex ante* estará confinada a ciertas relaciones contractuales que la escogen como mejor forma para resolver controversias (por ejemplo, el arbitraje comercial internacional).

⁶³⁰ La vinculatoriedad se refiere al resultado del procedimiento, no al recurso a él.

⁶³¹ Shavell (1995a, pp. 3 y ss.).

⁶³² En otras palabras: interponer una demanda judicial es la clave para tener acceso a la RAC.

⁶³³ “La propensión a demandar es la misma en los regímenes sin RAC y los regímenes con RAC voluntaria, pues en ambos el demandante tiene que estar dispuesto a ir a

- Una vez que se ha interpuesto una demanda, la disponibilidad de la RAC tiende a reducir la frecuencia tanto de los juicios como del arreglo inmediato;⁶³⁴ por tanto, la RAC es un sustituto del juicio y es más barata que éste, de modo que las partes pueden escogerla en lugar de acudir a juicio, pero también pueden optar por la RAC en lugar de un arreglo, puesto que la RAC constituye una forma barata de combate jurídico.⁶³⁵

Shavell critica la RAC no vinculante. En principio, para él no está claro que eleve el bienestar de los individuos, y tampoco encuentra un fundamento visible para que el Estado imponga la RAC no vinculante antes de un juicio, ya que el uso obligatorio de la RAC puede tener un efecto perverso en el aumento de los costos judiciales al añadirle una capa más sin promover el arreglo extrajudicial.⁶³⁶

B. *El efecto de filtro*

Hemos citado ya un estudio de Erhard Blankenburg que atribuye las significativas diferencias entre las tasas de litigiosidad en dos regiones por lo demás muy similares (el estado alemán de Renania del Norte-Westfalia y los Países Bajos) a la existencia de instituciones y mecanismos que filtran los conflictos y los mantienen fuera del sistema judicial.⁶³⁷ Existen otros muchos estudios que demuestran el funcionamiento de estos mecanismos en algún área más específica del derecho. Tal es el caso de un estudio sobre la resolución judicial y extrajudicial de conflictos

juicio para contar con una amenaza creíble contra el demandado. Pero cuando una RAC no vinculante es previa a un juicio, la tendencia a demandar es diferente; el demandante demandará si está dispuesto a participar en la RAC no vinculante. Esto significa que la tendencia a demandar es mayor de la que habría si la RAC fuera seguida de un arreglo, lo cual es probable si la RAC predice el resultado de un juicio. Pero significa también que la tendencia a demandar será menor de la que habría si la RAC no fuera seguida de un arreglo y solamente agregara costos a la resolución del conflicto; esto es probable si la RAC no predice muy bien el resultado de un juicio". Shavell (1995a, p. 19).

⁶³⁴ Este último punto ha sido confirmado por algunos estudios empíricos sobre el arbitraje anexo al tribunal, los cuales serán examinados en el capítulo cuarto.

⁶³⁵ Shavell (1995a, pp. 4 y 19). Los costos de la RAC son menores a los de un juicio, pero no tan elevados que desincentiven su uso por las partes.

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 4.

⁶³⁷ Blankenburg (1994b).

derivados de los accidentes de tráfico en Alemania y los Países Bajos, un campo en el que también existen similitudes importantes entre ambos países.⁶³⁸

Sobre la base de entrevistas con expertos y de un análisis de expedientes, el estudio concluyó que en los Países Bajos no sólo era más bajo el porcentaje de los daños producidos en accidentes de tráfico reportados que llegaban a los tribunales, en comparación con Alemania (0.2 frente a 1-2%), sino que también había menos conflictos en el arreglo de estos accidentes.⁶³⁹ Los factores explicativos más importantes de las diferencias entre ambos países se encuentran en el ejercicio de la asesoría jurídica y en las negociaciones que realizan las compañías de seguros.

En *Alemania*, los abogados gozan, por ley, de un monopolio en la prestación de asesoría jurídica, mientras que en los *Países Bajos* las profesiones e instituciones más variadas tienen autorización para prestar este tipo de asesoría. En consecuencia, la intervención de abogados en el arreglo de daños por accidente de tráfico es la regla en Alemania y la excepción en los Países Bajos. En particular, el análisis de expedientes mostró que la probabilidad de que un accidente de tráfico condujera a una demanda judicial estaba en función del grado de intervención del abogado. Los procedimientos judiciales se producían sobre todo en conflictos por responsabilidad, en los cuales los abogados no querían o no podían llegar a un arreglo. Esto significa que los abogados no previenen conflictos, o al menos no lo hacen cuando está en discusión el monto de la responsabilidad.

La manera en que son tratados los accidentes de tráfico en ambos países también es diferente. En Alemania, el arreglo se produce predominantemente entre los participantes en el accidente y las compañías de seguros, con la asistencia de sus respectivos abogados. En los Países Bajos, en lugar de tener reclamaciones formuladas por los abogados, los daños resultantes de un accidente de tráfico son ajustados habitualmente por los empleados de las compañías de seguros, los cuales en ocasiones también ofrecen asesoría jurídica a las partes. Esto promueve procedimientos más profesionales y resultados menos conflictivos.⁶⁴⁰ En Alemania, el arreglo se “juridifica” en cada una de las etapas, no sólo por la intervención de los seguros jurídicos, sino también porque las partes empiezan a preocuparse

⁶³⁸ Simsa (1995).

⁶³⁹ *Ibidem*, pp. 294, 298 y ss.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 299.

por las consecuencias jurídicas inmediatamente después del accidente. Más aún, el informe del accidente casi nunca es firmado por ambos conductores. En los Países Bajos, en cambio, es frecuente que haya un acuerdo firmado, incluyendo el reconocimiento de responsabilidad. Los conductores alemanes también llaman a la policía con más frecuencia que los holandeses.⁶⁴¹ En conclusión: el surgimiento de conflictos no sólo es favorecido por la temprana juridificación de los accidentes de tráfico, sino también por la canalización de los conflictos hacia los cauces del derecho, lo cual conducirá, con mayor facilidad, a un procedimiento judicial.

Otro estudio empírico alemán analiza las intersecciones entre varios servicios de asesoría jurídica extrajudicial y los procedimientos judiciales formales.⁶⁴² El punto central del estudio es la preocupación por la reducción, a largo plazo, de las cargas de trabajo de los tribunales alemanes, así como la preservación y mejoramiento de la calidad de la administración de justicia en vista de esas crecientes cargas.

Específicamente, el estudio examinó la situación en cuatro distritos judiciales urbanos: dos en Alemania occidental (Lübeck y Nuremberg) y dos en el territorio de la antigua República Democrática Alemana (Rostock y Leipzig). Las áreas jurídicas tomadas en consideración fueron principalmente los problemas de vivienda, consumo y crédito, así como conflictos de negocios. Diversos servicios jurídicos, incluyendo la conciliación y el arbitraje, eran ofrecidos por organismos públicos y privados. Estos servicios fueron clasificados según la intensidad y profundidad de la asesoría jurídica ofrecida.⁶⁴³

Las conclusiones sobre el uso de los servicios, medido según el número de casos por mil habitantes, muestran que el potencial mayor corresponde

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 300.

⁶⁴² Stock *et al.* (1995, resumen en pp. 11-19). El estudio pertenece a la serie sobre "análisis estructural de la administración de justicia", financiada y publicada por el Ministerio Federal de Justicia alemán.

⁶⁴³ Esta es la tipología de servicios jurídicos propuesta (Stock *et al.*, 1995, pp. 12 y 13): a) *Orientación*: indica cuál oficina puede ser la más adecuada para la solución del problema jurídico de que se trate; puede incluir material de información y asesoría general. b) *Información jurídica*: información y referencias limitadas para ofrecer a la persona afectada una evaluación provisional de la situación jurídica. c) *Asesoría jurídica*: análisis completo del problema jurídico, por el cual responde el asesor; recomendación de los pasos y estrategias apropiadas. d) *Representación*: ligada frecuentemente a la asesoría jurídica, tanto judicial como extra-judicial. e) *Ofertas de arreglo extra-judicial*: servicios de conciliación y arbitraje, incluyendo acuerdos ejecutables ante abogados.

a los abogados y los notarios públicos. Las instituciones y los organismos en el campo prejudicial⁶⁴⁴ manejaron un número menor, pero no insignificante de asuntos. En términos cuantitativos, los servicios de conciliación y arbitraje desempeñaron un papel insignificante. La relación entre los abogados y los tribunales confirma la alta participación de los primeros en los arreglos extrajudiciales. En la antigua Alemania oriental el número de casos fue, por lo general, menor. El uso intensivo de servicios jurídicos prestados en el campo pre-judicial pudiera ser indicativo de una mayor demanda de servicios simples y baratos, pero también podría ser manifestación de una cultura jurídica diferente.

Las remisiones de asuntos entre servicios fueron significativas y se producían de manera rutinaria, tanto en el campo pre-judicial como entre abogados. En términos cuantitativos, el número de remisiones fue bajo en todas las ciudades, aunque un poco más elevado en el campo pre-judicial que entre abogados. El campo pre-judicial y el campo de los abogados constituyen campos relativamente cerrados entre sí, de modo que entre ellos se producen escasas remisiones. Esto significa también que ambos campos ofrecen primordialmente servicios jurídicos y posibilidades de arreglo independientes. Casi no hubo casos que se llevaran directamente del campo pre-judicial a los tribunales. El potencial de filtrado del campo pre-judicial era de casi un 90%. En consecuencia, este campo tuvo escasa importancia en la generación de asuntos para los abogados.

El estudio identifica dos *intersecciones* que son relevantes desde el punto de vista de la política jurídica:

- La primera intersección se encuentra entre el tratamiento de los problemas que es primariamente técnico y el que es primariamente jurídico. Esta intersección se encuentra situada fuera de los órganos de administración de justicia, es decir, que se refiere a la selección de los medios jurídicos, lo que hace necesario reducir el problema a sus aspectos jurídicos, lo que, a su vez, tiene influencia sobre el modo en que se resuelve el conflicto.
- La segunda intersección se ubica entre la resolución que se produce dentro y la que se produce fuera de los tribunales. Se refiere a la selec-

⁶⁴⁴ Los abogados no forman parte del campo prejudicial porque son considerados como agentes de la administración de justicia.

ción de la solución judicial y, por tanto, se encuentra principalmente dentro de la esfera de influencia de los abogados.⁶⁴⁵

Los dos estudios arriba resumidos son complementados por otro estudio sobre el comportamiento de los abogados alemanes en la prevención de conflictos y demandas judiciales.⁶⁴⁶ Este estudio también arroja luz sobre los factores que influyen en la decisión de acudir o no a los procedimientos judiciales. El estudio explora tanto los aspectos cuantitativos como cualitativos de estas actividades.

Los resultados se refieren al número total de asuntos (tanto contenciosos como aquellos que sólo requirieron asesoría) manejados y resueltos durante 1985 por los abogados participantes en el estudio:⁶⁴⁷

- El número promedio general de asuntos para todos los abogados fue de 236 (184 para los abogados en despachos individuales y 315 para los despachos de varios abogados); entre 78 y 82% fueron asuntos civiles.
- Excluyendo los divorcios, los asuntos laborales y los procedimientos monitorios (*Mahnverfahren*) pendientes en tribunales, 70% de esos asuntos civiles fueron resueltos de manera extrajudicial; el resto (30%) se llevó a tribunales.
- Los despachos de varios abogados lograron más arreglos extrajudiciales que los de abogados individuales. La relación entre el tamaño creciente de los despachos (medido por el número de asuntos y por el monto de los honorarios cobrados) y la proporción más elevada de arreglos extrajudiciales es positiva pero no uniforme.
- No se encontró una relación lineal positiva entre la experiencia profesional y la resolución extrajudicial de los conflictos; según parece, los despachos individuales con mayor experiencia prefieren la solución judicial, mientras que los despachos colectivos prefieren la extrajudicial.

⁶⁴⁵ El estudio ofrece una gráfica de ambas intersecciones. Esta gráfica consiste en una pirámide cuya área está dividida de forma irregular entre el campo de influencia de los abogados, los cuales poseen la clave de acceso a los tribunales (que forman la punta de la pirámide), y el de las instituciones y profesiones externas al campo judicial. La influencia y participación de éstas últimas disminuye cuanto mayor sea el componente jurídico y la profundidad del servicio, y viceversa. Stock *et al.* (1995, p. 16).

⁶⁴⁶ Wasilewski (1990).

⁶⁴⁷ *Ibidem*, pp. 91-95.

- Sólo existe un vínculo muy tenue entre las opiniones y actitudes de los abogados y el tratamiento efectivo de los casos.
- En la resolución extrajudicial de los conflictos, el 40% de los asuntos se concluyó de manera plena o virtualmente satisfactoria para el interés del cliente; en 25% de los asuntos fue suficiente la asesoría para llegar a una solución; en 15% fue necesario que el abogado explicara al cliente que la contraparte tenía la razón.
- Las áreas jurídicas más favorables para el arreglo extrajudicial fueron las siguientes: propiedad intelectual y sociedades mercantiles; accidentes de tráfico (alrededor del 75%); conflictos derivados de contratos de seguro (más del 70%); conflictos entre vecinos y relacionados con correduría comercial; daños materiales y lesiones personales; asuntos de familia y sucesiones; propiedad inmobiliaria y vivienda (cerca del 50%). En contraste, los conflictos relativos a la compra, intercambio o arrendamiento de bienes muebles, así como los servicios y contratos de construcción fueron objeto predominantemente de procedimientos judiciales.
- El interés del cliente no resultó carente de significación para el tipo de resolución lograda: en 14% de los casos, el cliente pidió asesoría o una opinión, especialmente en asuntos de familia y sucesiones, o bien, una intervención en conflictos con un vecino.
- La tasa de arreglo extrajudicial también se elevó en proporción a la cuantía de la controversia.
- No se confirmó la existencia de una tasa de litigios más elevada cuando los servicios jurídicos eran cubiertos por algún seguro (57% de los arreglos extrajudiciales).⁶⁴⁸
- Si la relación entre las partes era personal, era también más alta la probabilidad de un arreglo extrajudicial.
- Cuando la otra parte estaba representada por un abogado, la tasa de arreglo extrajudicial era mucho menor que si no lo estaba.

Se preguntó a abogados y jueces sobre las causas y razones de los litigios civiles, así como sobre las posibilidades de evitarlos. Dos tercios de los abogados participantes en el estudio consideraron que en Alemania había demasiados litigios debidos a:

⁶⁴⁸ Blankenburg (1981-1982) no pudo determinar que el seguro de gastos jurídicos, al liberar al asegurado del riesgo de un litigio, haya conducido a mayores niveles de litigiosidad.

- La difusión de los seguros jurídicos.
- La falta de voluntad del cliente para llegar a un compromiso.
- Los honorarios más elevados que pueden cobrarse en los procedimientos judiciales.
- Las opiniones y actitudes de los abogados respecto del arreglo extrajudicial.

Por su parte, los jueces le echaron la culpa a las deficiencias de preparación y las actitudes de los abogados, así como al comportamiento del cliente.

Un estudio sobre los conflictos sociales y jurídicos realizado en una sociedad y época muy diferentes (México a comienzos de los años setenta) revela también la compleja interacción entre los tribunales y las instituciones de solución extrajudicial de conflictos.⁶⁴⁹ En el estudio se llevó a cabo una comparación entre la resolución judicial y la extrajudicial (conciliación) de controversias laborales o sobre propiedades, con base en varios indicadores.⁶⁵⁰ Como podía esperarse, la conciliación era más rápida y barata que los procedimientos judiciales. De hecho, la mayoría de los conflictos resueltos mediante la intervención de un tercero quedaban atrapados en el denso filtro conciliatorio previo al sistema judicial.⁶⁵¹ Dependiendo del tipo de conflicto, este filtro funcionaba de tres modos:

- Algunos conflictos eran resueltos exclusivamente a través de la conciliación (como en el caso de conflictos de familia y reclamaciones de seguros).
- Otros conflictos pasaron primero por una fase de conciliación para ser seguidos después por una demanda (como en el caso de algunos asuntos laborales).
- Algunos conflictos más se resolvían únicamente en el ámbito judicial (como por ejemplo, aquellos relativos a títulos de crédito).

Los estudios empíricos resumidos hasta el momento coinciden en mostrar la existencia de un efecto de filtro en la interacción entre los mecanis-

⁶⁴⁹ Gessner (1976).

⁶⁵⁰ *Ibidem*, pp. 138 y ss.

⁶⁵¹ *Ibidem*, pp. 147 y ss. Véase también Henckel (1991), un estudio sobre una gran variedad de mecanismos judiciales y no judiciales para el cumplimiento de obligaciones civiles en Brasil.

mos judiciales y extrajudiciales para la solución de conflictos. Este efecto opera de diversos modos y puede ser más o menos poderoso, dependiendo del área jurídica, de la relación previa entre las partes, de la existencia de prácticas rutinarias de arreglo y negociación por parte de actores institucionales, así como del papel que desempeñan los abogados.⁶⁵²

El papel de los abogados resulta especialmente interesante. Los estudios alemanes citados anteriormente sugieren que la juridificación temprana del conflicto a través de la intervención de los abogados, especialmente si gozan del monopolio de la asesoría jurídica, promueve el recurso a los mecanismos judiciales. Es cierto que los abogados ejercen considerable influencia en el uso de los tribunales. Sin embargo, vistas las cosas desde su perspectiva, bien puede decirse que también actúan como filtros que impiden un mayor número de juicios, ya que no todos los asuntos que manejan se llevan efectivamente a tribunales y también participan activamente en la negociación de acuerdos extrajudiciales. Mucho depende también del sistema de honorarios, de las áreas jurídicas de que se trate, y del comportamiento del cliente. Por ejemplo, un estudio empírico sobre los efectos del sistema de honorarios contingentes (*contingent fee*)⁶⁵³ sobre el comportamiento de los abogados en relación con la selección de casos potenciales en los Estados Unidos concluye, en lo esencial, que la función de “cancerberos (*gatekeeping*) es una parte importante del rol que desempeñan los abogados que cobran por honorarios contingentes” y que “realizan tal función en buena medida como ejercicio del propio interés económico”.⁶⁵⁴ Sin embargo, los autores del estudio alegan también que el sistema norteamericano de honorarios contingentes sirve también para mejorar algunos de los problemas de acceso a la justicia para el ciudadano promedio. “Al trasladar la carga del papel de los incentivos económicos ... del litigante potencial al abogado, el sistema permite que los litigantes ‘de un solo tiro’ (*one-shot*) que cuentan con recursos mínimos puedan enfrentarse con ‘jugadores habituales’ que poseen recursos y experiencia”.⁶⁵⁵

Por supuesto, estas perspectivas divergentes no son incompatibles entre sí. Los abogados pueden impedir efectivamente que muchos asuntos vayan

⁶⁵² Véase también Stock (1995).

⁶⁵³ Este sistema se conoce entre nosotros como pacto de cuota litis, es decir, que los honorarios consisten en un porcentaje de la indemnización obtenida por el abogado a favor de su cliente.

⁶⁵⁴ Kritzer y Pickerill (1997, p. 19).

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 21.

a tribunales. Pero el hecho de que hayan llegado a manos de un abogado aumenta la *probabilidad* de que se produzca un litigio judicial en comparación con el manejo en primera instancia por otro organismo o institución.

El estudio sobre las cuatro ciudades alemanas muestra también que la efectividad del nivel de filtro *aumenta* por el aislamiento relativo de este campo previo al sistema judicial frente a los agentes de la administración de justicia, que incluyen a los abogados, y, en consecuencia, por la baja tasa de transferencias de asuntos entre ambos campos. Bajo estas circunstancias particulares, como ya se ha dicho, es el manejo *inicial* del conflicto el que determina en buena medida su destino en términos de ser llevado o no a tribunales. Este aislamiento puede lograrse, sin embargo, a costa de un sesgo o desequilibrio en el resultado de esos asuntos, ya que el manejo inicial puede impedir su transferencia a la institución o el mecanismo más apropiados para su resolución.

Finalmente, todos estos estudios aportan pruebas a favor de la hipótesis de que es el marco institucional, el “lado de la oferta”, más que la cultura jurídica (definida como conjunto de actitudes, valores y opiniones sobre el derecho y las instituciones jurídicas) o el “lado de la demanda”, el que influye, en grado apreciable, sobre las tasas de litigio de una sociedad determinada.⁶⁵⁶

2. Comparación entre el litigio judicial y sus alternativas

A. Duración, costos y satisfacción

Los estudios empíricos que comparan los costos y la efectividad de la función judicial y la RAC (especialmente de tipo *ex post*) confirman, en general, las hipótesis del modelo económico arriba esbozadas. Sin embargo, la comparación enfrenta considerables dificultades, tales como las siguientes:⁶⁵⁷

- Sólo un porcentaje reducido de los asuntos que entran en el campo de la justicia permanecen en ella hasta su resolución final, lo que hace necesario revisar y comparar los casos en diferentes puntos de entrada y de salida. Igualmente necesario es tomar en cuenta las prácticas idiosincrásicas de la cultura jurídica local.

⁶⁵⁶ Blankenburg (1989b; 1994b).

⁶⁵⁷ Ogus *et al.* (1990, p. 58).

- No están claros los criterios utilizados para evaluar la efectividad (o eficiencia), en virtud de que los distintos participantes tendrán diferentes expectativas y objetivos.
- Es difícil determinar si las ventajas de cualquiera de los mecanismos son atribuibles al proceso mismo o a las características de los asuntos y las partes.⁶⁵⁸
- También es problemática la comparabilidad de los casos, ya que los servicios informales ofrecen servicios que comprenden un universo más amplio de conflictos de los que pueden llevarse a tribunales.⁶⁵⁹

A pesar de tales dificultades, enseguida se presentan varios estudios interesantes que tratan precisamente de llevar a cabo esta comparación y que proporcionan conclusiones valiosas sobre esta problemática. Algunas se resumen aquí como ejemplos de este tipo de investigación.

El primer estudio se refiere a las reclamaciones por negligencia médica (*medical malpractice*),⁶⁶⁰ a través de la experiencia de un solo hospital de gran tamaño que cuenta con un procedimiento informal y voluntario que resuelve algunos conflictos fuera del sistema jurídico, a fin de evitar sus elevados costos. El estudio encontró las siguientes regularidades:⁶⁶¹

- El procedimiento informal de resolución de controversias resolvía casi la mitad de todos los casos que lo utilizaban sin que se presentaran demandas judiciales posteriores (“efecto de filtro”).
- Los asuntos iniciados informalmente (“quejas”) no eran resueltos en forma significativamente distinta a la de las demandas judiciales que no recurrían al procedimiento informal, descontando la calidad de la atención médica y la gravedad del daño.
- Las quejas no resueltas por el mecanismo informal y que desembocaban en una demanda judicial tenían mayor probabilidad de resolverse mediante indemnización al demandante que las demandas que no habían pasado previamente por aquél.
- Los arreglos eran menos frecuentes en la etapa de la queja que en la de juicio.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 61.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 63.

⁶⁶⁰ Farber y White (1994).

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 778.

- Los arreglos en la etapa de la queja, cuando se producían, alcanzaban en promedio un monto de un tercio de las indemnizaciones obtenidas en la etapa de juicio.
- Las estimaciones gruesas de los costos jurídicos para el hospital eran bastante menores en relación con las quejas que respecto de las demandas.

Los pacientes obtienen información sobre la calidad de la atención tanto en el procedimiento de queja como en el judicial, lo que aumenta la probabilidad de un arreglo o de un desistimiento a favor del hospital. El hospital, a su vez, utiliza el procedimiento informal de resolución de conflictos como medio para informarse sobre el grado de litigiosidad de determinados pacientes. La presentación de una demanda judicial es un obstáculo que los pacientes tienen que superar a fin de convencer al hospital que tienen suficiente ánimo litigioso como para justificar una elevada indemnización. En conclusión: el procedimiento informal de resolución de conflictos es una “ventanilla” eficiente para el proceso judicial, pero resulta también especialmente ventajoso, en términos de costos, para el hospital.⁶⁶²

El segundo estudio se refiere al uso de la conciliación en asuntos de familia en Inglaterra.⁶⁶³ El estudio fue comisionado por el Lord Canciller (ministro de justicia) para evaluar la efectividad y el costo de varios esquemas de conciliación familiar, a fin de determinar si debería establecerse, con fondos públicos, un servicio nacional de conciliación y, en caso positivo, cómo debería organizarse y financiarse tal servicio. Después de todo, la conciliación familiar es un área donde las virtudes de la RAC deberían ser más visibles, de modo que una cuestión importante era si tales servicios debían recibir apoyo público.⁶⁶⁴

El estudio examinó cuatro tipos de servicio: conciliación en tribunales, con niveles altos y bajos de control judicial (tipos A y B); conciliación independiente, tanto vinculada como no vinculada a servicios sociales fami-

⁶⁶² *Ibidem*, pp. 779 y 806.

⁶⁶³ Ogun *et al.* (1990). Conviene hacer notar que la conciliación no es aquí un sustituto del tribunal, el cual siempre tiene alguna forma de intervención.

⁶⁶⁴ Hacia mediados de los ochenta habían proliferado dos tipos de servicio: la conciliación dentro del tribunal (disponible en aproximadamente dos tercios de los tribunales de divorcios en Inglaterra y Gales) y las organizaciones independientes y voluntarias (afiliadas al Servicio Nacional de Conciliación Familiar). Ogun *et al.* (1990, p. 59).

liares (tipos C y D). Se seleccionaron como control dos tribunales sin servicio de conciliación.⁶⁶⁵

Para los efectos del análisis comparativo de costos, el estudio se enfocó solamente a los asuntos que implicaban a niños y en los que había pruebas claras de procedimientos judiciales relacionados.⁶⁶⁶ El análisis de costos trató de resolver dos preguntas: ¿cuánto cuesta proveer los diversos servicios de conciliación? Y la cuestión más importante para nuestros propósitos: ¿cuál es el impacto neto de la conciliación sobre el costo total de la resolución de la controversia?⁶⁶⁷

El costo de proveer la conciliación se midió a través de los recursos realmente gastados, más que mediante simples flujos financieros. Los costos incluían: los gastos de las partes en rubros relacionados con la controversia, así como las pérdidas de ingreso y descanso; el capital y los gastos corrientes de los tribunales, los servicios familiares y los esquemas independientes; los costos de asesoría y representación jurídica.⁶⁶⁸ El costo social conjunto por asunto en los esquemas de conciliación en tribunales (sin incluir gasto corriente) fue de £150 a £200, mientras que el costo por asunto en el caso de los esquemas independientes fue de £200 a £300.⁶⁶⁹

Por lo que se refiere a la segunda pregunta, no fue posible comparar el costo promedio de las controversias conciliadas frente al costo promedio de las que no lo fueron, ya que los procedimientos no eran idénticos o suficientemente similares. Por el contrario, se tomaron en cuenta diferencias significativas en el tipo de clientela y asunto, tanto en casos conciliados como en los que no lo fueron.⁶⁷⁰ Finalmente se realizó un análisis de regresión múltiple de 1,162 casos, en 219 de los cuales las partes habían acudido a un servicio de conciliación.⁶⁷¹

La principal conclusión fue que todas las categorías de conciliación *aumentaron* los costos de resolución de controversias relacionadas con los

⁶⁶⁵ Ogus *et al.* (1990, p. 62).

⁶⁶⁶ *Idem.* El artículo que se cita aquí se enfoca solamente a la comparación de costos. El estudio completo tenía un alcance más amplio.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, pp. 63 y ss.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, pp. 64 y 70.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 66.

⁶⁷⁰ *Idem.*

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 63. También se utilizó cuestionarios para obtener información sobre estos asuntos.

niños.⁶⁷² La conciliación en tribunales añadió en promedio £150 al costo neto de resolución del conflicto; el monto adicional correspondiente en el caso de los servicios independientes de conciliación a través de los tribunales de condado fue de unas £250.

No obstante esta conclusión, el análisis probó que la conciliación podía ser efectiva en la *reducción relativa* de otros costos relacionados con la resolución de la controversia. Así, se observó que la conciliación en tribunales tendía a cierta reducción de costos en el procedimiento, “aunque tales reducciones no fueron suficientes para producir algo que pareciera remotamente una reducción *neto* en el costo de resolución de la controversia”.⁶⁷³ Los autores señalaron que no había nada en su investigación que apoyara la hipótesis de que la conciliación en tribunales (tipos A y B) “se pagara sola” en virtud de un ahorro en otras partes. En la conciliación de categoría C había una tendencia importante a una reducción de costos en otros rubros. La categoría D mostró solamente un reducido ahorro en otros costos.⁶⁷⁴

El tercer ejemplo se refiere al cumplimiento de las sentencias de un tribunal de causas menores, así como a la satisfacción generada para las partes. Una investigación sobre los tribunales de causas menores en el estado norteamericano de Maine concluyó que la probabilidad de que los demandados en un procedimiento de conciliación cumplieran con los acuerdos “era casi el doble que la probabilidad de que los demandados judicialmente cumplieran plenamente con las obligaciones que les imponía el tribunal”,⁶⁷⁵ y esta probabilidad iba acompañada de una mayor satisfacción para las partes implicadas.⁶⁷⁶ Los autores sostienen que estas diferencias en las tasas de cumplimiento no son explicadas por las diferencias en las características de los demandados o del asunto.⁶⁷⁷

⁶⁷² Esta conclusión es consistente con la conclusión más general que propone el modelo económico, en el sentido de que la RAC *ex post* puede agregar costos a la resolución de una controversia cuando no se evita el recurso a los tribunales.

⁶⁷³ Ogus *et al.* (1990, p. 72).

⁶⁷⁴ *Idem.*

⁶⁷⁵ McEwen y Maiman (1984, p. 11).

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 45. “Las tasas de cumplimiento y satisfacción son bastante elevadas en los asuntos objeto de mediación y parecen ser consistentemente más elevadas que las reportadas en asuntos litigados comparables, si bien abundan los problemas de la comparación”.

⁶⁷⁷ Un análisis diferente sobre este punto, el cual concluye que las características de los asuntos, tales como la responsabilidad admitida, es un factor que explica mejor la va-

La predicción de que la RAC (*ex post*) puede tanto reducir como aumentar los costos (a través de una tasa más elevada de litigios) parece confirmada por este ejemplo. Los costos pueden reducirse por el grado más elevado de cumplimiento de las resoluciones del tribunal, y, en general, por la mayor satisfacción y, por tanto, legitimidad, con el proceso de solución de conflictos. Sin embargo, aun cuando la mayoría de las personas y las organizaciones consideran la negociación como medio preferente para tratar un conflicto, el único incentivo y el único acceso que hay para negociar provienen frecuentemente de una demanda: “La amenaza de uso de un procedimiento judicial normal proporciona a las partes una palanca contra la otra y sirve para movilizar una justicia ‘informal’, consensual”.⁶⁷⁸ Sin embargo, es difícil determinar la medida en la que la reducción de costos compensa los costos más elevados que provoca el litigio adicional.

Un último ejemplo muestra que la opción por los foros de resolución alternativa de conflictos tiene que tomar en cuenta una estructura de costos compleja y algunas veces impredecible, en la que algunos costos resultan mayores a los esperados, pero pueden ser compensados por otros beneficios y ventajas del procedimiento alternativo. En este sentido puede mencionarse el *sui generis* sistema de paneles arbitrales binacionales creados por el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos en 1989 y que luego fue incorporado al Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) que, además de los dos países citados, incluye a México.⁶⁷⁹ Estos paneles binacionales, que son de naturaleza internacional aunque apliquen derecho nacional, reemplazan la revisión judicial interna de las resoluciones *antidumping* de las autoridades investigadoras nacionales, cuando los importadores, los exportadores o los productores nacionales piden su establecimiento. Los paneles deben realizar un procedimiento rápido, justo y barato. Su creación en el TLCAN sugiere que lo harán en términos que son, comparativamente hablando, más favorables que los disponibles ante los tribunales nacionales que reemplazan.

riación en resultados y cumplimiento que el hecho de que el asunto haya sido objeto de mediación o de resolución judicial, se basa en el análisis de tribunales de pequeñas causas en Ontario, Canadá. Véase la nota de investigación de Vidmar (1987).

⁶⁷⁸ McEwen y Maiman (1984, p. 46). Por esta razón estos autores arguyen, en contra de los críticos que opinan que la justicia informal priva a las partes de los derechos de que habrían gozado ante un tribunal, que éstos “desconocen las cualidades simbióticas entre la justicia formal y la informal”.

⁶⁷⁹ López-Ayllón y Fix-Fierro (1999).

Después de varios años de funcionamiento, las primeras evaluaciones del sistema muestran, por ejemplo en el caso de la revisión de resoluciones *antidumping* de los Estados Unidos, que dichos procedimientos fueron más breves, en promedio, que los procedimientos similares ante el Tribunal de Comercio Internacional de ese país. La mayoría de las decisiones fueron dictadas de modo unánime y no fueron impugnadas ulteriormente.⁶⁸⁰ Además de los posibles ahorros en tiempo, las resoluciones de los paneles fueron aceptadas, y se cumplió con ellas de manera más fácil, debido la composición binacional del tribunal, lo que se traduce en la percepción de un grado más elevado de imparcialidad y legitimidad, más que en virtud del contenido de la decisión. Hay que recordar que los paneles deben resolver en el mismo modo que lo haría un tribunal nacional en el mismo tipo de asunto.⁶⁸¹

La situación es diferente con la revisión de las resoluciones de la autoridad investigadora mexicana. Ahí, el sistema de paneles, el cual se basa en la tradición procesal angloamericana, ha entrado en contacto con una tradición y cultura jurídicas muy diferentes y con un sistema de combate a las prácticas desleales de comercio internacional mucho menos desarrollado. Aunque basados en hechos similares, las primeras resoluciones de los paneles fueron muy inconsistentes entre sí. Los costos para las partes también se han elevado debido al proceso de aprendizaje que es inevitable cuando empieza a funcionar un nuevo sistema; las cuestiones jurídicas inesperadas (para los participantes extranjeros) que se plantearon durante los procedimientos, así como algunas otras limitaciones prácticas, como la traducción. Más aún, los casos mexicanos han tenido una mayor duración promedio que los asuntos resueltos en los Estados Unidos.⁶⁸²

En resumen, las primeras revisiones a través de paneles de las resoluciones *antidumping* mexicanas parecerían mucho más caras e impredecibles que los procedimientos judiciales comparables internos, lo que haría más improbable que los exportadores extranjeros recurrieran a los paneles. Sin embargo, si el sistema lograra consolidarse, los costos asociados al proceso de aprendizaje inicial caerían y los exportadores extranjeros decidirían de todos modos escoger el procedimiento alternativo, en vista de la falta de experiencia de los tribunales mexicanos con las complejas cues-

⁶⁸⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁶⁸¹ *Ibidem*, p. 36. Así ha sido al menos conforme al Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos.

⁶⁸² *Ibidem*, p. 13.

tiones técnicas del derecho *antidumping*,⁶⁸³ y, por tanto, en vista de la posibilidad de que la jurisprudencia mexicana en la materia tome forma bajo la influencia y participación de expertos extranjeros.⁶⁸⁴

B. *Transferencia y desjudicialización*

Cuando ciertos tipos de asuntos se vuelven muy numerosos, lo que es causa de rezago y dilación en los tribunales, puede haber llegado el momento de “transferirlos” a un contexto diferente. Así, pueden ser transferidos a un tipo de tribunal distinto o más eficiente (como un tribunal especializado o un tribunal de causas menores)⁶⁸⁵ o también a una dependencia administrativa, la cual puede encargarse de resolver los conflictos resultantes a través de procedimientos cuasijudiciales. Esta última estrategia puede funcionar efectivamente como filtro para los conflictos, pero en la medida en que estén sujetas a la revisión judicial de su actividad, tales organismos tendrán incentivo para no esforzarse demasiado en sus actividades, de modo que la solución de las controversias puede volverse más costosa sin traer alivio al sistema judicial.⁶⁸⁶

Una estrategia diferente para descargar a los tribunales de ciertos tipos de litigios de masas es lo que podría llamarse “desjudicialización”. La *desjudicialización* completa puede lograrse cuando un cambio en las reglas de competencia de los tribunales, pero también en las leyes sustantivas, tiene por efecto que ciertos comportamientos sean excluidos por completo del control judicial. El ejemplo más evidente es el de la *despenalización*, por la

⁶⁸³ En cambio, los panelistas deben estar familiarizados con el derecho comercial internacional.

⁶⁸⁴ López-Ayllón y Fix-Fierro (1999, pp. 38 y ss.).

⁶⁸⁵ Una evaluación empírica inicial del “juez de paz” (*giudice di pace*) que reemplazó al “juez de conciliación” (*giudice conciliatore*) en Italia después de 1995, puede verse en Vidoni Guidoni (1997). El nuevo juez de paz debe contribuir a descargar a los tribunales civiles ordinarios y a mejorar el acceso a la justicia para beneficio del ciudadano a través del uso de un procedimiento simplificado y más flexible. La evaluación concluye que, en sus años iniciales, el juez de paz en la ciudad de Turín trabajó con notable eficiencia, quizá debido a la necesidad de legitimar a la nueva institución. Esta preocupación por la eficiencia puede haber inducido al juez a comportarse de una manera que el autor llama “isomórfica” en relación con los tribunales ordinarios, con la consecuencia, entre otras, de un escaso uso de los métodos alternativos de resolución de conflictos, tales como la conciliación (p. 135).

⁶⁸⁶ *Cfr.* Posner (1996, pp. 265 y ss.).

cual ciertas conductas ya no se consideran de naturaleza penal, sino que son sujetas a otra clase de sanciones (de naturaleza administrativa, por ejemplo) o ya no son sancionadas más. La despenalización ha sido utilizada en repetidas ocasiones como forma para aliviar la carga de prisiones sobrepobladas y tribunales penales sobrecargados. Aunque tal medida ha sido fuertemente recomendada por los criminólogos y otros expertos (sobre todo en los años setenta), las probabilidades de que se recurra a ella dependen en buena medida de las actitudes de la sociedad hacia ciertas formas de delincuencia y a la resistencia de los intereses y grupos organizados (¡lo que incluye a las mismas organizaciones delictivas!).

Lo dicho queda bien ilustrado por el actual debate sobre la “legalización” de las drogas, que no parece ser una posibilidad viable en el presente. Mientras tanto, las prisiones seguirán sobrepobladas por traficantes de poca monta, ya que los grandes “jefes” casi nunca son detenidos y acusados. Sin embargo, algunos países han despenalizado la *posesión* de pequeñas cantidades de droga destinada al consumo personal. Otra forma de despenalización implica la legalización *de facto* o la tolerancia social. Este es el caso del aborto en muchos países, el cual, aunque todavía es una conducta castigada en las leyes vigentes, casi nunca es denunciada ni perseguida.

La *desjudicialización parcial* puede lograrse a través de la modificación de las leyes procesales y sustantivas, o bien puede ser consecuencia de prácticas sociales e institucionales, es decir, que ciertas controversias son jurídicamente admisibles ante los tribunales, pero que casi nunca llegan a ellos, pues existen poderosos incentivos que lo impiden. Se mencionan aquí dos ejemplos, el cobro judicial de deudas y el manejo de accidentes de tráfico por las compañías de seguros en los Estados Unidos. Existen también estudios paralelos en otros países.⁶⁸⁷

Robert A. Kagan ha tratado de explicar un ejemplo aparentemente paradójico de desjudicialización en los Estados Unidos.⁶⁸⁸ Kagan se dio cuenta que desde los años cincuenta, a pesar de un gran aumento en el volumen de préstamos y deudas sin pagar, el cual debió haber producido un cambio consecuente en los litigios por cobros de deuda, ha habido, por el contrario, un fuerte decrecimiento de tales asuntos litigiosos ante las supremas cortes

⁶⁸⁷ Por supuesto, estos ejemplos son relevantes también para la discusión del efecto de filtro que hemos indicado más arriba. Un estudio paralelo sobre el manejo de reclamaciones de seguros es el de Simsa (1995), ya citado, sobre Alemania y los Países Bajos.

⁶⁸⁸ Kagan (1984).

estatales, así como un declive aparente de estos asuntos ante los tribunales de primera instancia.⁶⁸⁹ En efecto, hasta los años cincuenta, los datos registrados sobre quiebras a nivel nacional, los cuales podrían tomarse como medida aproximada de los créditos sin saldar, muestran subidas y bajadas que son seguidas, en forma paralela aunque con tendencias menos extremas, por los asuntos por deudas ante los tribunales supremos estatales.⁶⁹⁰ A pesar de la incidencia de “crisis” individuales y de negocios en los años cincuenta, sesenta y setenta, las que cabría esperar que llevaran a un incremento dramático de los litigios por deudas, estos casos continuaron en declive en los cincuentas y sesentas, tanto en términos absolutos como en proporción de todos los asuntos ante los tribunales supremos.⁶⁹¹

Kagan explica esta aparente paradoja al concluir que “el litigio se ha vuelto más costoso, tanto para acreedores como para deudores, en relación con un curso de acción alternativo, tal como la renegociación de los términos de pago, la declaración de quiebra, o el descuento contable de las deudas no pagadas”.⁶⁹² El atractivo de las alternativas no litigiosas se atribuye a:

- La “racionalización jurídica” de las operaciones de crédito por parte de los prestamistas institucionales.
- El incremento en los costos del litigio, provenientes de los mayores derechos de los deudores;⁶⁹³ y, lo más importante,
- La “estabilización sistémica”, es decir, las medidas del Estado de bienestar, la regulación económica, los arreglos de los seguros, y la diversificación de mercados que facilita la atenuación y distribución de las pérdidas financieras.⁶⁹⁴

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 323.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, pp. 328 y ss.

⁶⁹¹ *Ibidem*, pp. 331 y 335. De acuerdo con Kagan, un mayor número de litigios en los tribunales de pequeñas causas (una “transferencia” en nuestros términos) solamente podría explicar una pequeña parte del declive en los litigios por deudas ante los tribunales de primera instancia y de apelación.

⁶⁹² *Ibidem*, p. 323.

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 345 y ss. Como observa correctamente Kagan, los conflictos entre acreedores y deudores son más que un problema de relaciones comerciales, pues reflejan divisiones políticamente significativas. Entre otras reacciones, los deudores han recurrido periódicamente a las legislaturas en un esfuerzo por mitigar la ejecución legalista de los derechos de los acreedores.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 352. En otras palabras: la estabilización sistémica consiste en el “desarrollo de instituciones económicas y sociales de gran escala que mejoren las condiciones

La conclusión general de Kagan es que:

...el uso de procesos formales de toma de decisiones y de ejecución tiende a volverse extraordinario en lugar de ordinario. La medida y la calidad de la justicia que experimenta la gente depende igualmente, si no primariamente, del funcionamiento de instituciones sociales y económicas no jurídicas, que previenen, suprimen, o arreglan la mayoría de los problemas y de los factores sociales, económicos y políticos más amplios que afectan la incidencia y la gravedad de los actos dañinos, los accidentes, las privaciones, las controversias.⁶⁹⁵

El segundo ejemplo puede encontrarse en el clásico estudio de Lawrence H. Ross sobre el arreglo de reclamaciones por daños resultantes de accidentes de tránsito.⁶⁹⁶ Anteriormente, las reglas del derecho de la responsabilidad civil requerían que se pagara una indemnización a la víctima si el daño había sido causado por la conducta negligente de parte de la persona que era responsable de él, y ello debía probarse ante el tribunal. Sin embargo, el hecho es que la mayoría de las reclamaciones por daños causados en accidentes automovilísticos eran resueltas en negociación privada entre la víctima, sus abogados y los ajustadores de las compañías de seguros.⁶⁹⁷ Ross muestra cómo el sistema formal del derecho de la responsabilidad civil, basado en derechos y obligaciones, es subvertido en sus funciones expresas y simplificado por las necesidades del manejo rutinario y eficiente de masas de asuntos por las compañías de seguros. Por tanto, la responsabilidad ya no se entiende en términos morales sino mecánicos.⁶⁹⁸

Esta subversión marcó la tendencia hacia el seguro de responsabilidad objetiva (*no-fault insurance*). En los años setenta, varios estados aprobaron leyes de responsabilidad objetiva, lo que evitó abusos, hizo los arreglos más expeditos, y mantuvo fuera de los tribunales las reclamaciones menores. Sin embargo, el seguro de responsabilidad objetivo implica la posibilidad

que causan los conflictos individuales o que ofrezcan soluciones administrativas colectivas (en contraste con las soluciones jurídicas caso por caso)".

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 368.

⁶⁹⁶ Ross (1980). Ross realizó entrevistas con ajustadores y supervisores de seguros, así como con los abogados de los demandantes. También llevó a cabo un análisis estadístico de 2,216 expedientes de las compañías sobre reclamaciones por daños personales (1962) y observó a los ajustadores en sus labores.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, pp. 21 y ss.

dad de costos más elevados para las compañías de seguros, ya que la indemnización se paga independientemente de la existencia de culpa, y en lo que se refiere a ciertos grupos de riesgo (como los conductores de motocicleta), porque las compañías pagan por el daño del asegurado, no por el de terceras personas, mientras que la probabilidad de sufrir un daño, más que la de causarlo, se convierte en la base para el cálculo de las primas. De hecho, no parece haber evidencia empírica unívoca de que la responsabilidad objetiva evita el litigio, pero el principio puro de responsabilidad objetiva debería al menos prevenir las reclamaciones de personas afectadas contra terceros, ya que la responsabilidad se subroga plenamente a favor de la compañía de seguros.⁶⁹⁹

Los dos estudios citados describen ejemplos de desjudicialización (y del efecto de filtro) “a la sombra de la ley”, en dos sentidos: ciertos conflictos son desjudicializados *porque* la resolución judicial se ha vuelto demasiado costosa en términos agregados, y, al mismo tiempo, las prácticas sociales e institucionales resultantes son estructuradas de tal manera que *reflejen* (negativamente) los costos existentes y los requisitos del procedimiento judicial, cuya utilización es siempre *posible*. Un buen ejemplo de ello es la “culpabilidad negociada” (*plea bargaining*) en los tribunales penales de los Estados Unidos, la cual se encuentra estructurada alrededor de la necesidad de *evitar* la intervención del jurado en tantos casos como sea posible. Ross señala atinadamente que “las relaciones jurídicas no pueden ser entendidas solamente como producto de la ley formal, sino en términos de la interacción entre ésta y algunos aspectos de las situaciones en que aquella es aplicada”, y que informalidad no significa falta de estructura; por el contrario, las regularidades que emergen son el resultado de objetivos y propósitos, de presiones y tensiones.⁷⁰⁰

⁶⁹⁹ Simsa (1995, pp. 36 y ss.).

⁷⁰⁰ Ross (1980, p. 232).