

CAPÍTULO PRIMERO
TRIBUNALES Y EFICIENCIA

I. La “crisis” en la administración de justicia como tópico 1 corrente	1
1. Los tribunales ante el foro de la opinión pública y la pro- fesión jurídica.	3
2. La “explosión de los litigios”: ¿mito o realidad?	13
II. ¿Tercer poder? El cambiante papel de los tribunales en la sociedad.	21
1. Los tribunales en el Estado de bienestar y las paradojas de la globalización	21
2. ¿Por qué la eficiencia? Las dimensiones económicas de la función judicial.	27
3. Hacia un Poder Judicial efectivo	37
III. Objetivos, alcance y metodología de la investigación	39
1. Economía, sociología y derecho.	39
2. Tradiciones jurídicas y ramas de la jurisdicción	44

CAPÍTULO PRIMERO

TRIBUNALES Y EFICIENCIA

I. LA “CRISIS” EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO TÓPICO RECURRENTE

Si hemos de dar crédito a las notas de prensa y las encuestas de opinión, pero también a los estudios científicos y los documentos oficiales, la administración de justicia —esto es, los tribunales— se encuentra en un estado de crisis en muchas partes del mundo. No hace tantos años se decía que los tribunales alemanes se encontraban al “borde del infarto”,¹ mientras que la justicia civil española era acusada de pertenecer a “otro siglo”.² De acuerdo con una encuesta realizada en la ciudad de México en 1996, la gran mayoría pensaba que los juicios son excesivamente lentos, costosos y apenas justos; más de una tercera parte de los encuestados opinó que los abogados y los jueces eran deshonestos o muy deshonestos.³ Un informe oficial publicado en 1991 señalaba que 60% de la población y 70% de los jueces en Francia creían que la reforma de la justicia era un “asunto prioritario”. Tanto los ciudadanos como los jueces coincidían en señalar que los tribunales se encontraban “abrumados”.⁴

Los trabajos científicos y los informes oficiales diagnostican la misma enfermedad por todas partes y previenen contra sus graves consecuencias: cargas de trabajo en aumento; costos crecientes y mayores retrasos; recur-

¹ Véase “Am Rande des Infarkts”, en el semanario alemán *Der Spiegel*, Hamburgo, 20 de septiembre de 1993, pp. 72-87.

² Véase “Justicia de otro siglo. En casos que no llegan a delitos, meras cuestiones civiles, es donde las leyes españolas son más inoperantes”, *El País*, Madrid, 19 de diciembre de 1993.

³ *Voz y Voto* (1996).

⁴ Véase *Le Monde*, París, 16-17 de junio de 1991, reimpresso en Bernard (1996, pp.194 y ss.). El informe oficial, el cual estuvo a cargo de dos senadores, declara como “desastre” el abandono del sistema judicial por el Ejecutivo (“*justice sinistrée*”). Véase también Faugeron (1981).

sos financieros y humanos reducidos; deficiencias en la organización del trabajo. En países grandes y pequeños, lo mismo que en regiones pobres y ricas, y con independencia de su nivel de desarrollo político y jurídico, se señala explícitamente la existencia de una “crisis” en la justicia: así, en Puerto Rico,⁵ Italia,⁶ Estados Unidos,⁷ España,⁸ Quebec,⁹ Chile,¹⁰ Brasil,¹¹ Inglaterra y Gales.¹² En la introducción a un volumen, publicado en 1999, que lleva el significativo título de *Justicia civil en crisis* se señala que “no es en modo alguno universal la sensación de crisis en la administración de justicia civil, pero sí se halla difundida”, y continúa diciendo que la mayoría de los países representados en el libro (tres pertenecientes a la tradición del *common law* y diez a la romanista) “están enfrentando dificultades en el funcionamiento de su sistema de justicia civil”.¹³ En otras partes, este diagnóstico se ve agravado por otros males, mucho más insidiosos: altos niveles de corrupción; falta de independencia y politización; deficiente formación de jueces, funcionarios judiciales y abogados; acceso muy limitado o incluso nulo para la mayor parte de la población, etcétera.¹⁴

Este preocupante panorama suscita varias interrogantes. ¿Es nuevo y real este presunto estado de crisis? Si ello es así, ¿cuáles son sus manifestaciones y sus indicadores?, ¿o se trata acaso del efecto distorsionante de los medios de comunicación y de la tradicional falta de confianza de la sociedad en sus tribunales?, ¿este interés en la justicia se encuentra apoyado en

⁵ Amadeo Murga (1993), en relación con la justicia de apelación.

⁶ Ferrarese (1988-1989), Denti (1986).

⁷ Kaufman (1990), sobre los tribunales federales de los Estados Unidos.

⁸ Consejo General del Poder Judicial (1997).

⁹ Garant (1994).

¹⁰ Peña González (1993, pp. 348 y ss.).

¹¹ Faria (1996). Véase también Sadek (2004).

¹² Michalik (1999).

¹³ Zuckerman (ed.) (1999, p.12).

¹⁴ Esta parecería ser la situación prevaleciente en muchos países latinoamericanos. Véase, por ejemplo, Ilanud-FIU (eds.) (1987), Rico *et al.* (1988), Salas y Rico (1989a y b), Burgos (1992), Faria (1992), Fried (1995, pp. 92 y ss.), Buscaglia y Dakolias (1996), Nemogá Soto (dir.) (1996), Dakolias (1996), Binder (1993) en relación con la justicia penal, Pérez Perdomo (1985 y 1996) sobre Venezuela, Hammergren (1998), Prillaman (2000). Véanse también los siete informes nacionales (Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú y Venezuela) en Correa Sutil (ed.) (1993), los trabajos sobre varios de estos mismos países reunidos en Fix-Fierro, Friedman y Pérez Perdomo (eds.) (2003) y en Pásara (comp.) (2004). Véase también un panorama del funcionamiento de los tribunales locales en México en Concha y Caballero (2001).

nuevas expectativas sociales? En caso afirmativo, ¿de dónde vienen tales expectativas y por qué adquieren tal intensidad ahora?, ¿implican acaso que los tribunales deban asumir un nuevo rol social y desempeñar nuevas funciones? ¿O simplemente indican la necesidad de que funcionen “mejor”? ¿cuál es el sentido y el alcance de la preocupación social y profesional respecto de la eficiencia de los tribunales?, ¿es prueba esta preocupación de un nuevo aunque estrecho predominio de la racionalidad económica, debido a la idea de que un sistema jurídico eficiente ha probado ser una condición previa para el desarrollo de la economía de mercado?, ¿o expresa más bien la convicción de que la eficiencia es un componente fundamental del desempeño institucional y de la legitimidad en un mundo que se ha globalizado de manera acelerada?

Se trata, en verdad, de preguntas difíciles y cualquier intento por contestarlas implica, sin duda, una tarea muy ambiciosa. Este capítulo es de carácter introductorio y tiene el propósito de ofrecer un primer acercamiento a nuestro tema general: la relación entre la eficiencia y los tribunales. En tal sentido, el capítulo inicia la exploración de estas cuestiones como preparación para los capítulos posteriores.¹⁵ En todo caso, podemos tener la certeza de que estas preocupaciones y otras similares reflejan ciertos fenómenos actuales que merecen un análisis serio.

1. Los tribunales ante el foro de la opinión pública y la profesión jurídica

Lo cierto es que, en muchos países, la administración de justicia nunca ha sido muy bien tratada por la opinión pública. Por muchos años las encuestas de opinión han mostrado una imagen desfavorable y deteriorada de los tribunales a los ojos de la población. Para dar solamente algunos ejemplos, tomados de encuestas realizadas en distintos momentos y lugares, y los cuales demuestran que no todo tiempo pasado fue mejor:

- *Alemania*: en 1979, 78% de los ciudadanos alemanes pensaba que los costos de la justicia eran elevados o muy elevados. El 52% de los que habían tenido alguna experiencia con los tribunales tenían al respecto

¹⁵ Véase el primer capítulo de Santos *et al.* (1996, pp. 19-56), así como Santos (1999) y Garapon (1996), que ofrecen una excelente explicación de por qué han tomado tal prominencia los tribunales.

sentimientos encontrados o negativos. A la pregunta de por qué la gente que ha sufrido un daño patrimonial no acude a la justicia, 79% mencionó la incertidumbre del resultado; 60% señaló la posibilidad de una resolución injusta; el 78% indicó que el lenguaje jurídico es incomprensible; al 75% le intimidaba la sala de audiencias; 59% esperaba justicia de clase y 55% un comportamiento autoritario, mientras que 84% opinó que los procedimientos eran excesivamente lentos.¹⁶

- *Portugal*: un cuestionario planteado a los litigantes a comienzos de la década de los noventa obtuvo como resultado los siguientes porcentajes de personas que estaban de acuerdo con determinadas afirmaciones: 51% pensaba que los jueces estaban bajo la influencia de preferencias personales y amistades; 41% encontraba intimidantes a los tribunales; el 30% señaló que los costos inhibían a las personas de acudir a la justicia; 60% indicó que con dinero y un abogado, cualquiera podía obtener lo que quisiera de los tribunales; 25% sentía que los tribunales siempre condenan a las personas acusadas; 56% creía que las resoluciones tardan tanto que no vale la pena acudir al tribunal, mientras que 49% pensaba que los tribunales no condenan a las personas con poder o dinero.¹⁷
- *España*: varias encuestas de opinión realizadas durante la década de los ochenta muestran, por ejemplo, que alrededor del 48% de los interrogados consideraban malo o regular el desempeño de los tribunales; 25% veía a los tribunales como “apenas justos y apenas eficientes”, mientras que 21% pensaba que eran “más justos que eficientes”; 61% estaba de acuerdo en todo o en parte con la afirmación de que las sentencias de los tribunales eran tan impredecibles que era preferible evitar acudir a ellos; un 40% consideraba que los tribunales españoles no eran muy independientes, o que eran poco independientes, del gobierno.¹⁸

¹⁶ Kniffka (1981).

¹⁷ Santos *et al.* (1996, pp. 553 y ss.).

¹⁸ Estos datos están tomados de Toharia (1987, pp. 48 y ss.). Desde entonces la imagen pública de los tribunales en España se ha deteriorado más. De acuerdo con datos obtenidos por el Consejo General del Poder Judicial (1997, pp. 18 y ss.), el porcentaje de personas que pensaban que el sistema de justicia funciona deficientemente, en comparación con los que tienen una opinión positiva de él, era del 28% en 1987, 33% en 1990, 38% en 1992, 46% en 1995 y 51% en 1997. Por lo que se refiere al nivel de confianza pública, los tribunales ocuparon el decimotercer lugar entre 15 instituciones. En otra encuesta, realizada en 1996, los tribunales recibieron una calificación de 3.67 en una escala

- *Estados Unidos*: una encuesta de opinión nacional sobre los tribunales de los estados, realizada a fines de la década de los setenta (1978), llegó a la conclusión de que había una diferencia profunda de opinión entre el pueblo en general y los líderes de la comunidad, por un lado, y los jueces y abogados, por el otro, en relación con lo que los tribunales hacen o deberían hacer; el pueblo en general y los líderes de la comunidad estaban insatisfechos con el desempeño de los tribunales y les daban una menor calificación que a otras de las principales instituciones del país; mientras que los que tenían conocimiento de los tribunales y experiencia con ellos eran los que manifestaban la mayor insatisfacción y crítica.¹⁹ De acuerdo con una encuesta más reciente (1999), el funcionamiento de los tribunales obtuvo apenas una calificación promedio, mientras que un 46% de los entrevistados opinó que los asuntos no eran despachados de manera expedita.²⁰
- *México*: de acuerdo con la encuesta ya mencionada, en 1996 más de un tercio de los habitantes del Distrito Federal opinaba que los jueces eran corruptos o muy corruptos.²¹ Otra encuesta levantada a principios de 2003, pero esta vez de carácter nacional, revela que para el 53.8% de los encuestados, los jueces son poco o nada independientes. En la misma encuesta, los tribunales obtuvieron una calificación de 5.98 en una escala de confianza de 1 a 10. El 51.2% opinó que es mejor que las personas se arreglen entre ellas, frente al 36.8% que pensaba que era mejor acudir a un tribunal. Aunque estos últimos porcentajes no expresan por sí mismos una opinión negativa sobre la justicia (en respuesta a otra pregunta, por ejemplo, 52.9% opinó que sí valía la pena acudir a un tribunal para interponer una demanda), apenas 5 años antes, en 1998, eran mayoría las personas que consideraban que era mejor acudir a un tribunal (51%).²²

de 10 y ocuparon el último lugar de las instituciones evaluadas. Según los datos más recientes, que corresponden al año 2000 (Toharia, 2001, pp. 77 y ss.), 30% opinó que la administración de justicia en España funcionaba regular, y 46%, que funcionaba mal o muy mal, una mejoría muy ligera respecto del porcentaje que opinó esto último en 1997 (51%).

¹⁹ National Center for State Courts (1978).

²⁰ *Ibidem* (1999, p. 7).

²¹ Sin embargo, el 7% de los encuestados que indicó tener experiencia personal con los tribunales expresó una mejor opinión en cuanto a la honestidad de los jueces y abogados, pero peor en cuanto a los costos y duración de los procesos. *Voz y Voto* (1996).

²² Concha *et al.* (2004, pp. 37 y ss.).

Estas cifras y otras similares no necesariamente demuestran la existencia de un estado permanente de crisis en la administración de justicia, ni son prueba de que el desempeño de los tribunales sea realmente malo o esté peor que antes. Por el contrario, es necesario tomar primero en cuenta una serie de consideraciones generales, a fin de poder interpretar correctamente los resultados de tales encuestas.

Sin que sea necesario abordar los aspectos técnicos en el diseño de encuestas, resulta razonablemente claro que la administración de justicia presenta especiales dificultades como tema de las encuestas de opinión y como indicador de tendencias reales en este campo. Primeramente, las personas no siempre son capaces de distinguir los tribunales de otras instituciones públicas, lo que tiene por resultado que tiendan a ser juzgados con los mismos criterios que se aplican a estas últimas.²³ El hecho de que los tribunales no siempre posean un perfil propio y que no se distingan con claridad de otras burocracias del Estado en la mente del ciudadano ordinario parece ser especialmente válido en los países de tradición romanista.²⁴ Sin embargo, esta deficiente distinción se ve generalmente favorecida por la circunstancia de que, en un país dado, solamente una pequeña parte de los ciudadanos ha tenido algún contacto real con los tribunales.²⁵ Así, los pocos que han tenido tal contacto puede decirse que expresan un juicio, mientras que quienes no lo han experimentado manifiestan un prejuicio.²⁶ Los prejuicios desembocan en contradicciones²⁷ y distorsiones. Las distorsiones, a su vez, se deben, por ejemplo, a que los medios de comunicación

²³ Toharia es quien propone esta explicación (1987, pp. 51 y ss.).

²⁴ *Ibidem*, pp. 52 y ss. Esto es particularmente cierto en México, donde la palabra “judicial” es asociada en primer término con la policía ministerial y no con los tribunales. De acuerdo con la encuesta de Voz y Voto (1996), un 38% de los entrevistados no lograba identificar al Poder Judicial con los tribunales.

²⁵ *Ibidem*, p. 97. Estimaba, en 1982, que esta proporción era del 25% de la población en España. Esta proporción se mantiene constante en una encuesta del año 2000; véase Toharia (2001, p. 136). Una encuesta levantada en 1996 en la Ciudad de México reveló que solamente un 7% de los encuestados habían tenido tal contacto (Voz y Voto, 1996).

²⁶ Kniffka (1981, p. 226). En ocasiones, esta diferencia tiene un impacto en la opinión, aunque no siempre.

²⁷ Por ejemplo, de acuerdo con los datos alemanes arriba citados, un buen número de ciudadanos considera que los tribunales son demasiado costosos. Sin embargo, al preguntárseles si alguna vez habían evitado interponer una demanda que podría resultar demasiado costosa, solamente un 6% contestó afirmativamente. Kniffka (1981, p. 232).

cubren solamente casos extraordinarios o escandalosos,²⁸ pero también a la contaminación que otras ramas del sistema de justicia pueden sufrir al verse vinculadas con los tribunales penales y los administrativos.²⁹ Por otro lado, el recurso a los tribunales se asocia en sí mismo con sentimientos desagradables.³⁰ Y, finalmente, para el ciudadano en lo individual, la probabilidad de comparecer, y perder, como demandado ante un tribunal puede ser mayor que la de comparecer como parte actora, y ganar.

Dadas todas estas consideraciones, ¿hay acaso necesidad de preocuparse? Si una mala imagen es el estado de cosas “normal”, ¿deberían seguir adelante los tribunales como si nada pasara? Un cínico podría sugerir que es llegado el momento para que emprendan una buena campaña de prensa y pongan en práctica una política propia de relaciones públicas. De hecho, uno de los desafíos que enfrentan actualmente las instituciones judiciales en varias partes del mundo es, sin duda, la necesidad de crear una imagen pública favorable. Pero éste es sólo un aspecto del grado mínimo de legitimidad social que requiere una institución para funcionar eficazmente. Lo es también la necesidad de manejar la relación cotidiana con los medios de comunicación, relación difícil pero cada vez más importante.³¹

La opinión pública y las expectativas sociales constituyen una fuerza extremadamente poderosa, pues pueden ser, incluso, el factor que determina, en última instancia, si las personas utilizan o no el sistema jurídico.³² A

²⁸ Zemans (1991). Roberts y Doob (1990) muestran, mediante experimentos, cómo las notas de prensa sobre las sentencias en asuntos penales inducen y promueven la idea de que los tribunales son insuficientemente severos con los delincuentes. Véase también el análisis de Dershowitz (1996, pp. 128 y ss.) sobre el papel de la prensa y los medios de comunicación en el sonado juicio de O. J. Simpson. Sobre el papel de la televisión en las salas de audiencia, véase Goldfarb (1998).

²⁹ Kniffka (1981, p. 227).

³⁰ *Ibidem*, p. 230. De acuerdo con datos de opinión recogidos en Alemania un 29% consideraba que “acudir a los tribunales es al menos tan desagradable como una visita al dentista” y 43% estuvo de acuerdo con la afirmación de que “una demanda es un cosa desagradable, pero muy normal”.

³¹ *Ibidem*, p. 229. Reflexiona sobre las dificultades de lograr esta imagen favorable mediante el combate de la ignorancia y el prejuicio. Rozenberg (1995, pp. 96 y ss.) examina las dificultades que experimenta la judicatura (inglesa) en sus tratos con los medios (prensa y televisión). Véase también Canon y Johnson (1999, pp. 138 y ss.) sobre los medios y el público como “poblaciones secundarias” respecto de la implementación de las políticas judiciales.

³² Esto es lo que denota el concepto de “cultura jurídica”, es decir, los valores y las actitudes hacia el derecho y las instituciones jurídicas. Para Friedman (1975, pp. 193 y

largo plazo, se convierten en una presión difusa pero poderosa a favor del cambio y la reforma del sistema.³³ Sin embargo, los tribunales obtienen justamente parte de su legitimidad y autoridad de no tener que ceder a las presiones sociales y las opiniones cambiantes, sino que, por el contrario, se espera que despoliticen y racionalicen el conflicto social, actuando, si es preciso, como instituciones “contramayoritarias”, es decir, capaces de ir en contra de lo que opine o decida la mayoría.

En resumen: la opinión pública, según se refleja en sondeos y encuestas, puede ser utilizada como instrumento para captar el clima social general que envuelve a las instituciones públicas, incluyendo los tribunales. Sin duda, este clima será favorable para las instituciones que se perciban como eficientes y responsables. Sin embargo, la opinión pública no será igualmente útil para diagnosticar una situación de crisis y tampoco para identificar las circunstancias específicas que rodean a dicha crisis.

Si nos volvemos hacia la *opinión profesional*, observaremos que jueces, abogados, políticos y funcionarios también han sido muy eficaces en promover y divulgar el discurso sobre la “crisis” en la administración de justicia.³⁴ En cuanto partes interesadas, se supone que tienen mejor conocimiento de la situación, y por tal motivo, deberían gozar de la credibilidad necesaria para atraer la atención pública hacia los problemas que afectan a las instituciones judiciales, así como para proponer los cambios que consideren más adecuados para resolverlos.³⁵ Sin embargo, es por esta razón que tanto el diagnóstico como el remedio tienden a estar sesgados. Los jueces y abogados, en particular, tendrán una percepción diferente de los

ss.), la cultura jurídica es virtualmente la clave de la efectividad del derecho. Blankenburg (1989a) sostiene una opinión contraria. Para él son los factores institucionales (el funcionamiento real de los tribunales) los principales responsables del nivel de acceso a la justicia.

³³ *Cfr.* Zemans (1991). En los Estados Unidos este parece ser el caso con el movimiento para la creación de tribunales de pequeñas causas y de mecanismos de resolución alternativa de conflictos (RAC).

³⁴ Por supuesto, tales actores también tendrán buenas razones para desechar la noción de que hay una crisis. Véanse, por ejemplo, los resultados de un cuestionario enviando a jueces brasileños: sólo 15.8% estuvo completamente de acuerdo con la afirmación de que la judicatura estaba en crisis; 20.5% estuvo de acuerdo en parte, mientras que 54.4% se declaró dispuesto a aceptar sólo algún aspecto de la misma. Sadek (1997, p. 393).

³⁵ Véase, por ejemplo, President’s Council on Competitiveness (1991). Este es el círculo profesional que ha promovido con el mayor entusiasmo la “resolución alternativa de conflictos” y otras medidas de alivio para los tribunales. Véase Röhl (1982).

problemas y sus soluciones y, comprensiblemente, tenderán a la indulgencia con ellos mismos y a la crítica de las demás instituciones.³⁶ Así, y sin querer subestimar las valiosas contribuciones que estos actores hagan a la discusión, lo cierto es que se requiere un enfoque más riguroso e imparcial, uno que vaya más allá de una definición estrecha y distorsionada por los intereses profesionales. En este sentido, sólo el análisis empírico riguroso, tanto de los problemas como de las soluciones, será capaz de situar la discusión sobre bases más firmes.

Al menos desde la década de los sesenta, la disciplina conocida como sociología del derecho ha manifestado un agudo interés en los tribunales.³⁷ Por un lado, si bien los tribunales son instituciones jurídicas de la mayor importancia, su estudio por las ciencias sociales no ha sido obvio por sí mismo. Por el otro, la investigación empírica sobre los tribunales no se ha limitado al análisis de sus problemas de operación, sino que dicho análisis se ha conjuntado habitualmente con consideraciones más amplias de tipo teórico, ideológico y político.

Tomemos, por ejemplo, el problema del proceso judicial (*litigation*). La investigación sociojurídica no sólo ha retomado la tradicional preocupación de la ciencia jurídica por la dilación y el rezago en los tribunales, sino que, además de tratar de determinar si tales problemas existen verdaderamente, junto con sus causas inmediatas y sus dimensiones reales,³⁸ ha intentado vincular el volumen de asuntos ante los tribunales con procesos más amplios de cambio social, así como con su impacto en los propios tribunales. Por ejemplo, el estudio de las tasas de litigio, particularmente en su evolución histórica,³⁹ trata de establecer una correlación con factores sociales, como el nivel de actividad económica, el crecimiento de la población, las tendencias generales en la sociedad y la cultura, etcétera. Es evidente que este conocimiento también puede ofrecer una perspectiva más

³⁶ Véase, por ejemplo, un sondeo de abogados realizado en Chile (Peña González, 1991). Los jueces brasileños atribuían los principales problemas de los tribunales a factores externos, sobre los cuales el poder judicial ejerce escaso control, como pueden ser los recursos materiales. Sadek (1997, p. 393).

³⁷ Véanse, por ejemplo, los resultados del imponente proyecto de investigación sobre “La administración de justicia y la sociedad italiana en transformación”, iniciado a principios de los años sesenta por el *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale* y que publicó más de diez volúmenes después de 1968.

³⁸ Véanse, por ejemplo, Borucka-Arctowa (1989) y Röhl (1987).

³⁹ Los así llamados “estudios longitudinales de los tribunales”. Véanse los ensayos sobre este tema reunidos en la *Law and Society Review*, vol. 24, núm. 2, 1990.

amplia de las tendencias actuales e incluso puede resultar de utilidad en la planeación para el futuro.

La cuestión del “acceso a la justicia”, un tópico destacado entre los reformadores jurídicos no hace tantos años, también ha inducido un intenso escrutinio sociojurídico. En este sentido, la investigación no sólo ha tratado de determinar quién tiene acceso realmente a los tribunales, sino que ha explorado también otras cuestiones, como por ejemplo, quién gana y por qué,⁴⁰ y, de manera más general, cuáles son las funciones reales de los tribunales en la sociedad contemporánea. Igualmente, el movimiento de reforma para la “resolución alternativa de conflictos” (RAC) ha contribuido a centrar la atención, de manera más rigurosa, en las ventajas y deficiencias de los tribunales como instituciones para la solución de controversias,⁴¹ permitiendo al mismo tiempo la crítica de la noción misma de resolución “*alternativa*” de conflictos.⁴²

En resumen, al estudiar los tribunales, la investigación sociojurídica ha intentado desarrollar un marco de análisis más amplio que no dependa de instituciones específicas,⁴³ y que, aun cuando adopte una fuerte orientación de política pública, no pierda de vista las implicaciones más amplias de tipo político y social. Tal ha sido la situación general en los Estados Unidos y Europa occidental. En América Latina, la investigación sociojurídica ha adoptado un perfil algo distinto. Una rápida mirada a la bibliografía sociojurídica latinoamericana muestra que no han sido los tribunales —y en general, tampoco las instituciones jurídicas formales— los que han captado el mayor interés de los sociólogos del derecho, si bien esta orientación ha empezado a modificarse en años más recientes, como se indica más adelante.⁴⁴ Las razones de esto son múltiples. Por un lado, es un reflejo de la realidad de los sistemas jurídicos oficiales de América Latina, los cuales son casi por completo irrelevantes para la mayoría de la población. Afectados por la corrupción y la ineficiencia, los tribunales, en cuanto integrantes de esos sistemas jurídicos, son evitados general-

⁴⁰ La referencia clásica aquí es el ensayo de Marc Galanter, “Why the Haves Come Out Ahead...”, de 1974.

⁴¹ Véase, por ejemplo, Falke y Gessner (1982).

⁴² Abel (1982a).

⁴³ Véase la justificación del enfoque basado en conflictos del *Civil Litigation Research Project*, en Trubek (1980-1981).

⁴⁴ *Cfr.* Correas (ed.) (1991) y, de manera especial, Cappeller (1991).

mente a favor de alternativas más informales y efectivas.⁴⁵ Por el otro lado, se trata también de un producto secundario de la orientación política predominante entre los sociólogos del derecho de la región, muchos de los cuales adoptan una posición “crítica” (y un estilo de denuncia) que en ocasiones se siente legitimado para obviar pruebas empíricas sólidas. Y por último, la investigación empírica resulta costosa y requiere investigadores que estén bien formados en los métodos empíricos, una rara cualidad entre los miembros de una profesión jurídica de mentalidad bastante tradicional.⁴⁶

A pesar de todos los factores mencionados, los que ciertamente no promueven la atención especial que los tribunales han logrado en otras partes, existe un importante cuerpo de investigación empírica sobre el funcionamiento de los tribunales, al menos en aquellos países de América Latina que cuentan con una tradición establecida en este respecto, como Colombia, Perú, Argentina y Chile.⁴⁷ Así, los tribunales latinoamericanos también han sido examinados desde la perspectiva de los problemas que afectan a las instituciones judiciales en otras partes, como los costos, la dilación y la ineficiencia. Sin embargo, tales estudios han incorporado también otras acuciantes realidades del sistema judicial, las que, si bien no son exclusivas de la región, sí asumen dimensiones dramáticas allí.

Quizá los inéditos desafíos que la globalización plantea a los sistemas jurídicos nacionales han promovido un renovado interés en los tribunales.⁴⁸ Y, según parece, la administración de justicia enfrenta los mismos problemas —o al menos problemas que son muy similares— en regiones y

⁴⁵ Véanse, por ejemplo, dos estudios de caso sobre México (Gessner, 1984) y Brasil (Henckel, 1991).

⁴⁶ En general, los sociólogos y los politólogos han mostrado escaso interés en el sistema y las instituciones jurídicas, aunque esto está cambiando rápidamente. La consecuencia ha sido que sean los juristas quienes intervengan como una especie de “sociólogos sustitutos”.

⁴⁷ Los informes nacionales reunidos en Correa Sutil (ed.) (1993), contienen una sección descriptiva sobre los principales estudios realizados en esta área. Algunos de los estudiosos que participaron en el programa de investigación denominado “derecho y desarrollo” a principios de los setenta han hecho después importantes contribuciones a una sociología del derecho de orientación empírica en sus respectivos países. Véase Merryman (2003) y Merryman *et al.* (1979). México parece ser el único entre los principales países latinoamericanos que, hasta muy recientemente, carecía de tradición en los estudios jurídicos empíricos. Para mayores referencias sobre el desarrollo de los estudios sociojurídicos en América Latina, véanse los respectivos informes en Ferrari (ed.) (1990a).

⁴⁸ Sobre la relación entre Poder Judicial y globalización véase López-Ayllón (2004).

países muy distintos. Las expectativas sociales que contribuyen a crear este terreno común entre los países pueden resumirse en los conceptos de “eficiencia” y “eficacia”: independientemente del trasfondo político, social y económico, y sin importar otros importantes requisitos, como la independencia, la expectativa universal es que los tribunales sean eficientes y eficaces.

¿Qué significa ser “eficiente” y “eficaz”? A primera vista, definir lo que es “eficiencia” y “eficacia” parece sencillo: la eficiencia es el mejor uso de los recursos;⁴⁹ la eficacia, el logro de metas. Al introducirlos en la arena judicial, esto significa que los tribunales deben resolver las controversias de manera “justa, pronta y barata”, según reza una conocida fórmula. Sin embargo, los problemas empiezan cuando pretendemos definir de manera más precisa términos tales como “resolución de controversias”, “justa”, “pronta”, y “barata”. Y las cosas se complican más al darnos cuenta de que el cumplimiento simultáneo de estos valores requiere compromisos y compensaciones: la “prontitud” puede lograrse, pero a expensas de la “justicia” (por ejemplo, si la rapidez beneficia a una de las partes y perjudica a la otra); el acceso ilimitado a los tribunales puede traducirse en rezagos y retrasos considerables; la “justicia” puede requerir la posibilidad de una apelación larga y costosa, mientras que el procedimiento del tribunal puede resultar incapaz de “resolver” el conflicto en lo absoluto. Evidentemente, aquí están en juego decisiones sociales complejas.

Sin importar si logramos o no aclarar estas cuestiones, subsiste el problema de encontrar una definición operativa de tales términos para los fines de la investigación y las recomendaciones de política pública. ¿Cuándo puede considerarse “justa” una resolución judicial?, ¿cuáles son las causas de los “retrasos” y cómo las combatimos?, ¿cómo se puede medir y calcular el “tiempo de procesamiento” de un asunto?, ¿cuáles son los efectos probables de la reducción de ciertos costos sobre la “oferta” y la “deman-

⁴⁹ Buscaglia y Dakolias (1999, pp. 1 y ss., 7 y ss.) definen la “eficiencia judicial” en términos de “qué tan bien se utilizan los recursos en la generación de los productos judiciales”. El “producto judicial”, a su vez, puede medirse en “términos de la elasticidad en la oferta de servicios de los tribunales, tiempos procesales, y tasas de resolución”. La “elasticidad en los costos de la oferta” se define más adelante como “el cambio porcentual en el número de casos resueltos por tribunal que se produciría con un cambio del 1% en la asignación de los recursos presupuestales a ese tribunal”, mientras que las “tasas de resolución” están determinadas por la “proporción de asuntos interpuestos en un año por tribunal que son resueltos durante el mismo año”.

da” de los servicios judiciales?, ¿cómo se puede evaluar el desempeño de los tribunales? Se trata de preguntas operativas que tiene que abordar y resolver la ciencia, si es que queremos lograr que los tribunales se conviertan en instituciones (más) “eficientes” y “eficaces”. Sin embargo, solamente una evaluación empírica rigurosa, por difícil que sea, contribuirá a dar respuesta a estas interrogantes.

No obstante, la sociología del derecho no ejerce un monopolio sobre los estudios de los tribunales, pues también han manifestado su interés otras disciplinas sociales, como la economía, la ciencia política, la psicología social, la sociología de las profesiones y las organizaciones, y la antropología. Sin duda, la competencia y la cooperación entre estas disciplinas sólo pueden tener consecuencias productivas. Un enfoque inter o transdisciplinario puede dar por resultado un análisis menos ideológico y unilateral. Y la observación desde múltiples puntos de vista incrementa la posibilidad de un examen más comprensivo de cuestiones que son complejas.

2. La “explosión de los litigios”: ¿mito o realidad?

Vista desde una perspectiva interna, la supuesta crisis en la administración de justicia ha sido condensada en una breve fórmula de cuatro palabras: “explosión de los litigios”. La explosión de los litigios es aparentemente la explicación abreviada de los principales problemas que enfrentan los tribunales en numerosos países. “Explosión de los litigios” significa, comúnmente, un incremento dramático y desproporcionado en las cargas de trabajo que afecta la capacidad de los tribunales para manejarlas eficientemente. Pero, ¿qué tan cierto es que hay una “explosión de los litigios”? Y si la hay, ¿cuáles son sus causas y cuáles sus consecuencias? Este apartado no pretende proporcionar una respuesta rigurosa y exhaustiva a este problema, sino que solamente ofrece algunos puntos de referencia, así como un breve examen de parte de la información disponible. Pero antes de explorar este terreno, resulta conveniente señalar ciertos matices y hacer algunas aclaraciones.

Las pruebas sobre la existencia de una explosión de los litigios presuntamente irresistible, así como sobre sus graves consecuencias, son tan insuficientes como poco convincentes. Si bien la situación difiere notablemente de un país a otro, los datos recopilados en distintos países muestran un crecimiento constante de los asuntos, especialmente a partir de 1970, pero

este hecho solo difícilmente puede interpretarse como “explosión de los litigios”. Para que ello sea posible, hay que comprobar que no solamente se ha incrementado el número de litigios, sino que también se ha producido, precisamente como consecuencia de las crecientes cargas de trabajo, una mayor duración de los juicios, un incremento en los asuntos rezagados y una caída general en la calidad de los servicios judiciales, un indicador de lo cual podría ser el aumento en el número de apelaciones. Dicho en otras palabras, es necesario probar que los niveles crecientes del litigio no pueden ser razonablemente absorbidos por los tribunales y otros mecanismos alternativos⁵⁰ sin una grave reducción en la eficiencia y calidad de las resoluciones judiciales.

Por el otro lado, las percepciones sobre la sobrecarga, la ineficiencia y los retrasos de los tribunales son relativos y subjetivos, porque dependen en mucho del punto de vista adoptado, así como de los criterios empleados en la evaluación.⁵¹ Y aun cuando hay indicadores objetivos disponibles, como las estadísticas, surgen importantes dificultades metodológicas en relación con su nivel de exactitud para los efectos de la explicación científica,⁵² para no mencionar ya el hecho de que muchos países han comenzado a compilar estadísticas judiciales relativamente completas y confiables apenas en años recientes.⁵³ Más aún, incluso si hay estadísticas completas y confiables, subsistiría todavía el problema de definir el punto de comparación que permita apoyar la afirmación de que hay una “explosión de los litigios”.⁵⁴ Veamos ahora alguna evidencia proveniente de varios países y regiones.

⁵⁰ Como estudio de contraste sobre las raíces de la evasión del litigio judicial en un país desarrollado (Japón), las cuales se atribuyen a su particular cultura jurídica, véase Wollschläger (1997). *Cf.* Iushikawa (1998), quien afirma que la situación actual se debe más bien a una política deliberada, que han seguido consistentemente los gobiernos japoneses por más de cien años, a favor de una “judicatura pequeña”. De acuerdo con los críticos de esta política, el sistema judicial no está desempeñando adecuadamente su función en la sociedad. Por tanto, es necesario ahora incrementar el número de abogados y de recursos materiales otorgados al poder judicial (“judicatura grande”).

⁵¹ Véase Blankenburg (1989a).

⁵² Friedman (1985, pp. 16 y ss.).

⁵³ Sobre los problemas de interpretación y comparabilidad, véase Wollschläger (1989, pp. 22 y ss.).

⁵⁴ “No hay un criterio para determinar que los litigios son muchos o pocos”. Friedman (1985, p. 17).

En los *Estados Unidos* se ha observado, en décadas recientes,⁵⁵ un aumento considerable en los volúmenes de asuntos ingresados en los tribunales federales. Este crecimiento se debe a factores circunstanciales y transitorios, como el aumento en las causas penales en el contexto de la “guerra contra las drogas” iniciada en los años ochenta,⁵⁶ pero también al desplazamiento de largo plazo en las tendencias de los patrones de recurso a los tribunales, tales como el surgimiento de los litigios de derecho público y la creciente intervención de los tribunales en cuestiones específicas de política pública.⁵⁷ Todo ello ha contribuido, sin duda, a que los juicios duren más y se eleven considerablemente sus costos.⁵⁸

Lo anterior, sin embargo, no resulta concluyente para determinar la existencia de una explosión de los litigios. Marc Galanter⁵⁹ y Lawrence Friedman⁶⁰ analizaron cuidadosamente el problema a comienzos de los años ochenta. Ambos desecharon la hipótesis de la “excesiva litigiosidad” de la población como fuente primaria del crecimiento en el número de asuntos judiciales. Primeramente, las tasas de litigiosidad no parecían sustancialmente superiores a las de otras naciones industrializadas. Luego, los tribunales habían sido capaces de absorber el moderado choque que significa el crecimiento de las cargas de trabajo, sin tener que hacer ajustes dramáticos, sino más bien incrementando la productividad y mejorando las técnicas de gestión.⁶¹ Así, de acuerdo con un distinguido observador, la situación de los tribunales federales ya a mediados de la década de los noventa podía considerarse como difícil pero no crítica.⁶²

⁵⁵ Véase, por ejemplo, Dungworth y Pace (1990), President’s Council on Competitiveness (1991), Clark (1981), Posner (1996, pp. 53 y ss.). Friedman (1985, p. 17) señala que, si bien el 95% de los asuntos comienza y termina en los tribunales de los estados, estos tribunales no han sido objeto de estudios suficientes y, hasta hace poco, su desempeño había sido medido de manera muy inexacta.

⁵⁶ Kaufman (1990, p. 5).

⁵⁷ Clark (1981).

⁵⁸ Kaufman (1990). Véase también Hurst (1980-1981) y Posner (1996).

⁵⁹ Galanter (1983a; 1988).

⁶⁰ Friedman (1985, pp. 15 y ss.).

⁶¹ Un estudio económico de Gillespie (1976) concluyó que los tribunales federales de distrito tenían un nivel significativo de capacidad desocupada.

⁶² Para la segunda edición de su notable estudio sobre los tribunales federales de los Estados Unidos (1a. ed. 1985, 2a. ed. 1996), Richard Posner cambió el subtítulo de “Crisis y reforma” a “Desafío y reforma”, en vista del “éxito de los tribunales federales en el manejo de cargas de trabajo que hace diez años yo habría pensado que eran completamente abrumadoras, así como de de la disminución de los asuntos en todos los tribunales,

Por lo que se refiere a *Europa occidental*, un impresionante estudio comparativo sobre las tasas de litigiosidad en doce países a partir del siglo XIX sitúa el problema de las crecientes cargas de trabajo judicial en un contexto social y temporal más amplio.⁶³ El estudio muestra que la época actual no ha experimentado las tasas de litigiosidad históricamente más elevadas. Alemania durante la crisis económica en la década de los veinte y los países escandinavos antes del inicio de la industrialización en el siglo XIX son los ejemplos de las tasas de litigiosidad más elevadas hasta el momento. Así, la perspectiva de largo plazo no permite decir nada, en definitiva, sobre la tendencia reciente a tasas de litigiosidad más altas.

Estudios bastante recientes sobre algunos países en particular ofrecen un panorama más diferenciado aunque consistente. El crecimiento en las tasas de litigiosidad ha sido sistemáticamente identificado y descrito respecto de Alemania,⁶⁴ España,⁶⁵ Francia,⁶⁶ Bélgica⁶⁷ y Portugal.⁶⁸ En todos estos países los litigios se han incrementado considerablemente desde los años setenta, con efectos perceptibles en la duración y los costos de los juicios, aunque con variaciones significativas en el tiempo y entre las distintas ramas jurisdiccionales.⁶⁹ Bélgica e Italia aparecen quizá como los ejemplos más extremos de dilación judicial en el ámbito de la justicia civil.⁷⁰

excepto los de apelación...”. Si bien ya no era exacto decir que la situación era crítica, “puede volver a serlo de nuevo en el futuro cercano: el elástico no puede estirarse de manera ilimitada”. Posner (1996, p. XIII).

⁶³ Wollschläger (1989). “Contexto social” significa que se establece una relación entre esas tasas y variables como el crecimiento de la población y del PIB. Los doce países examinados son: Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Inglaterra y Gales, Italia, Noruega, los Países Bajos, Prusia y la República Federal de Alemania. Como panorama, en lengua inglesa, del proyecto de investigación sobre las tasas de litigiosidad europeas véase Blankenburg (1992).

⁶⁴ Röhl (1987).

⁶⁵ Pastor Prieto (1993) y Toharia (2003).

⁶⁶ Ietswaart (1989), con base en el estudio de cuatro tribunales de primera instancia.

⁶⁷ Van Loon y Langerwerf (1989).

⁶⁸ Santos *et al.* (1996).

⁶⁹ Por ejemplo, en España, a partir del restablecimiento de la democracia, las mayores tasas de crecimiento y dilación en los asuntos judiciales se han dado, comprensiblemente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual el número de asuntos ingresados pasó de 7 mil en 1975 a más de 130 mil en 1998, si bien éste último número no sobrepasa el 2% del total de asuntos judiciales. Véase Toharia (2003, pp. 340, 343 y ss.).

⁷⁰ Van Loon y Langerwerf (1989, pp. 249 y ss.). La Corte Europea de Derechos Humanos ha condenado en repetidas ocasiones a Italia por la excesiva duración de los jui-

En *América Latina* encontramos también, de manera consistente, el cuadro familiar de aumento en las cargas de trabajo, sobre todo en el área de la justicia penal, en el contexto de un Poder Judicial carente de recursos financieros y humanos suficientes (aunque esta variable se ha modificado notablemente en tiempos recientes), e incapaz, estructuralmente, de cumplir con muchas de sus funciones. En términos generales, la información sobre la litigiosidad y sus consecuencias en los países latinoamericanos es mucho más fragmentaria que la de que disponemos para los Estados Unidos y Europa.⁷¹ Muchos países de la región carecen de estudios sistemáticos sobre el tema. Y cuando dichos estudios existen, por lo común no se basan en un enfoque comparativo, es decir, no establecen, para efectos de explicación, una relación entre la litigiosidad y otras variables sociales y jurídicas significativas,⁷² o bien, no logran identificar una “explosión de los litigios” en el sentido apuntado anteriormente.

No obstante, algunos estudios describen una situación donde el crecimiento de las cargas de trabajo ha tenido, sin duda, los efectos dislocadores que se atribuyen a esa explosión en otras partes. Así, por ejemplo, los tribunales federales mexicanos han venido experimentando un crecimiento constante, aunque irregular, de sus cargas de trabajo desde hace tiempo. Si bien dicho crecimiento quizá no pueda calificarse como “explosión” (entre otras razones porque no se ha explorado sistemáticamente su relación con las variables sociales y jurídicas citadas), puede documentarse fácilmente el hecho de que ante la falta de recursos, el incremento explosivo de la población, y la casi nula creación de nuevos juzgados, los jueces federales de distrito se vieron obligados a combatir el rezago mediante el incremento en las tasas de sobreseimiento de los juicios entre las décadas de los cuarenta y ochenta.⁷³

cios. Véase Nelken (2004), según el cual los tribunales requieren de seis a once años, en promedio, para tramitar un juicio civil.

⁷¹ Para un panorama de las tendencias internas de la litigiosidad en varios países de Europa y América Latina después de 1945 véase Clark (1990).

⁷² Esto sí sucede con muchos estudios de Europa y los Estados Unidos. Como estudio de interés que resulta excepcional en este sentido, pues intenta establecer tal relación en el caso de Colombia, véase Rubio (1997, pp. 363 y ss.). Este estudio analiza el impacto negativo sobre el crecimiento económico de las disposiciones jurídicas en general, y más específicamente, de la inflación legislativa, así como de la disminución en la vida de dichas disposiciones y del creciente grado de discrecionalidad que otorgan.

⁷³ Véase López-Ayllón y Fix-Fierro (2003, pp. 533 y ss.), CIDAC (1994), Magaloni y Negrete (2000).

En Brasil se ha observado un gran crecimiento de los juicios ante la justicia común de primera instancia, los cuales casi se triplican (262%) entre 1990 y 2001, mientras que la población creció solamente 17%. En la justicia federal de primera y segunda instancia, los procesos se quintuplican entre 1989 y 2001. En el Tribunal Superior de Justicia, creado por la Constitución de 1988, los asuntos pasan de 6 mil en 1989 a más de 155 mil en 2002. Por último, los juicios ingresados ante el Supremo Tribunal Federal se decuplicaron en el mismo periodo. En casi todos los casos se observa un desfase entre los juicios ingresados y los egresados, contribuyendo a un creciente rezago y dilación.⁷⁴

En Colombia, la demanda por cien mil habitantes ante la jurisdicción ordinaria (civil, penal, laboral y familiar) casi se duplica entre 1993 y 2000. Aunque la productividad de los tribunales mejora en el periodo, los egresos no logran superar el 90% de las nuevas demandas. En la jurisdicción contencioso-administrativa, se decuplican los ingresos entre 1994 y 2001, pero el índice de egresos es tan bajo, que los asuntos pendientes al final de cada año se triplican en números totales durante el mismo periodo.⁷⁵

En Argentina y Ecuador, en cambio, la labor de los tribunales creció desde mediados la década de los ochenta, con lo que también se incrementó la duración de los juicios y el rezago,⁷⁶ pero resulta interesante constatar que estos incrementos fueron acompañados de un *decremento relativo* en el uso de los tribunales. Descontando el crecimiento económico y poblacional, el número de demandas por tribunales disminuyó, lo que significaría que los litigantes estaban “resolviendo sus conflictos de modo informal o se resignan a sus pérdidas”.⁷⁷

En el caso particular de Argentina contamos, además, con un muy reciente y cuidadoso estudio sobre el comportamiento de los litigios en la provincia de Córdoba entre 1968 y 1995.⁷⁸ La hipótesis inicial era que la democratización y la expansión de la administración de justicia se traducirían en niveles de litigiosidad más altos. Sin embargo, la evolución de la tasa general siguió una tendencia declinante entre 1970 y 1991,⁷⁹ lo que confirma nuevamente la idea de que la relación entre la litigiosidad y otras variables

⁷⁴ Sadek (2004, pp. 101 y ss.). Véase también Junqueira (2003, pp. 149 y ss.).

⁷⁵ Fuentes Hernández (2004, pp. 152 y ss.).

⁷⁶ Buscaglia y Dakolias (1996, pp. 8 y ss.).

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

⁷⁸ Bergoglio (2001).

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 43 y ss.

sociales, económicas y políticas es más compleja de lo que puede suponerse a primera vista.

En resumen, si bien en la mayoría de los países arriba considerados parece haber existido una elevación considerable en la litigiosidad, la que frecuentemente se traduce en mayores costos y rezagos, ni desde la perspectiva histórica ni en relación con otras variables sociales y económicas hay, en general, razón para pensar que esta elevación deba considerarse excepcional o crítica. De hecho, lo contrario puede ser cierto, es decir, que las crecientes cargas de trabajo de los tribunales sean simplemente una manifestación más de los procesos generales de crecimiento en las sociedades modernas.⁸⁰ La oferta y la demanda de los servicios judiciales son también un fenómeno dinámico, por lo que los tribunales han sido capaces, en términos generales, de adaptarse al crecimiento en el volumen de asuntos a través de un incremento en la productividad y de otras estrategias, pero también los litigantes, en vista de la elevación en los costos y el rezago, pueden optar por evitar el sistema judicial y por recurrir a alternativas más eficientes.

Por lo tanto, debemos considerar la presunta “explosión de los litigios” y la “crisis” de la administración de justicia como un discurso que, a la vez que refleja fenómenos reales, es decir, un crecimiento sustancial en los litigios por un periodo prolongado, también puede ser atribuido a la posición y los intereses de los actores que lo pronuncian, lo mismo que a otras tendencias sociales importantes, como la nueva prominencia de los tribunales. Entre las razones cualitativas en que se apoya ese discurso podemos mencionar:

- El interés de la investigación sociojurídica, en la década de los setenta y ochenta, en los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, principalmente como consecuencia de su insatisfacción con la naturaleza “antagónica” del procedimiento judicial y la desconfianza hacia las instituciones del Estado.⁸¹
- El movimiento hacia la privatización de la justicia y de la resolución de controversias, como consecuencia de que las instituciones públicas son vistas como intrínsecamente ineficientes.⁸²

⁸⁰ Wollschläger (1989, p. 83) apunta que un pequeño incremento en el número de relaciones contractuales fallidas puede traducirse en un aumento desproporcionado de los litigios.

⁸¹ Röhl (1982) y Galanter (1980).

⁸² Véase, por ejemplo, Benson (1990).

- Las percepciones de las elites jurídica y política (jueces, académicos, abogados litigantes, políticos), las que no necesariamente son acordes a las condiciones generales que prevalecen en el sistema jurídico.⁸³
- La presencia simbólica más amplia de los litigios judiciales en la sociedad, a través de la cobertura de los medios de información sobre casos espectaculares o simplemente desusados,⁸⁴ lo que refuerza la percepción de que existe una “sociedad litigiosa” donde “todos están demandando a todos los demás”.⁸⁵
- La desaprobación moral del recurso a los tribunales, los que son vistos, en el mejor de los casos, como un mal necesario, más que un “servicio” normal que es capaz de satisfacer necesidades sociales legítimas.⁸⁶
- La existencia de expectativas sociales nuevas e insatisfechas en relación con los tribunales.

Estas razones hacen necesario referirnos al contexto político y económico más amplio de las instituciones judiciales en el mundo contemporáneo.

⁸³ Galanter (1983, p. 61) cita esto como un síntoma más de la debilidad de la doctrina jurídica contemporánea (p. 5).

⁸⁴ *Ibidem*, p. 49.

⁸⁵ Véanse, por ejemplo, Lieberman (1981) y Olson (1991). Esta percepción puede variar con las características sociales de los ciudadanos. El análisis de una encuesta de opinión entre votantes del estado de Louisiana, en los Estados Unidos, en la que dos de tres encuestados respondió que los estadounidenses acudían con excesiva rapidez a los tribunales, mostró que la raza de los encuestados tenía incidencia sobre la respuesta. Los blancos estuvieron abrumadoramente de acuerdo con la afirmación de que “la gente se apresura a contratar un abogado y a ir al tribunal”, mientras que los negros estuvieron mayoritariamente de acuerdo con la afirmación de que “cualquiera debe tener la posibilidad de usar en su beneficio el sistema jurídico”. Los autores concluyen que “los que tienen un elevado estatus parecen culpar rápidamente a los que tienen un bajo estatus de estar planteando demasiadas demandas”. Neubauer/Meinhold (1994, p. 1).

⁸⁶ Véase, por ejemplo, Carrington (1979). Galanter (1983, pp. 67 y ss.) habla también de la pérdida del sentimiento de comunidad y de la preocupación por el equilibrio moral de la sociedad.

II. ¿TERCER PODER? EL CAMBIANTE PAPEL DE LOS TRIBUNALES EN LA SOCIEDAD

1. *Los tribunales en el Estado de bienestar y las paradojas de la globalización*

El siglo XX fue testigo, especialmente desde fines de la Segunda Guerra Mundial, de la considerable expansión de las funciones del Estado, dando lugar a lo que se ha denominado el “Estado de bienestar”. Este Estado no sólo garantiza a los ciudadanos los derechos fundamentales a la integridad física y la libertad, sino que también pretende asegurarles condiciones mínimas de bienestar, tales como la educación y la salud, así como protegerlos de las consecuencias de los riesgos sociales como el desempleo y la vejez. Para tal fin, el Estado interviene activamente en todas las esferas sociales, formulando una amplia gama de políticas públicas e implementándolas a través de sus dos principales instrumentos: el dinero y la legislación.

La expansión de la administración y de la función legislativa, tanto en dimensiones como alcance, no sólo ha generado más actividad para los tribunales. También ha incrementado el ámbito y el sentido de la función judicial, de modo que, además de los campos tradicionales del derecho civil y el penal, los tribunales se han inmiscuido en nuevas áreas del derecho y de la política pública en general.⁸⁷ En otras palabras: los tribunales ya no sólo aplican y hacen cumplir las leyes vigentes, sino que también se les ha reconocido la facultad de crear derecho⁸⁸ y la capacidad de formular e implementar políticas públicas —esto ha sido visible sobre todo en los Estados Unidos—⁸⁹ en algunos casos complementado, en otros sustituyendo y en otros más incluso oponiéndose a las políticas de los cuerpos ejecutivos y legislativos. Los tribunales —o al menos algunos de ellos— participan de manera abierta en los procesos constitucional y político mediante el control y la vigilancia de la actuación de los poderes legislativo y ejecutivo.⁹⁰ Se han

⁸⁷ Véase Cappelletti (1989, pp. 11 y ss.). Véase también Hurst (1980-1981), un estudio sobre las funciones de los tribunales en los Estados Unidos entre 1950 y 1980, justamente el periodo en que el Estado de bienestar se desarrolló pero también empezó a declinar.

⁸⁸ Cappelletti (1989, pp. 3 y ss.; 1990).

⁸⁹ Véase Hurst (1980-1981, pp. 446 y ss.). Sobre la formulación de políticas como un modo distinto de la actuación judicial, véase Feeley y Rubin (2000, pp. 1 y ss.).

⁹⁰ Véase Vallinder (ed.) (1994), Tate (1995), Vallinder (1995) y Jacob *et al.* (1996).

convertido, pues, en un verdadero y efectivo poder público, al menos en el sentido de que ahora desempeñan un papel importante en la configuración de la dirección general de la sociedad.

Sin embargo, el nuevo prestigio y las nuevas facultades de que disfrutaban los tribunales también implican desventajas, pues no solamente tienen que habérselas con mayores cargas de trabajo y con cuestiones más complejas de derecho y política pública, sino que también corren el riesgo de perder imparcialidad y legitimidad. En efecto, no solamente ocurre que el derecho es cada vez más utilizado como instrumento de la política, sino que los tribunales mismos son empleados por minorías y otros grupos sociales que los consideran como un medio para realizar fines y políticas particulares.

Si los tribunales ejercen facultades tan importantes y son los garantes últimos de los derechos de los ciudadanos, resulta lógico que el Estado de derecho otorgue también el acceso más amplio posible a los tribunales a favor de todos los individuos y grupos en posición de desventaja en la sociedad. Las políticas del Estado dirigidas a asegurar este acceso son consideradas una contribución a la justicia social, lo que es congruente con los fines del Estado de bienestar.

Sin embargo, durante la década de los setenta y ochenta, el Estado de bienestar sufrió una grave crisis en las sociedades industriales, y la creencia optimista en la prosperidad sin límites empezó a derrumbarse. Los orígenes y el desarrollo de la crisis, que se ha prolongado hasta nuestros días, son bien conocidos, por lo que no se examinarán en detalle aquí.⁹¹ Por ejemplo, la “crisis fiscal del Estado”, es decir, su creciente incapacidad para financiar gastos en constante crecimiento, requería, en opinión de muchos, una reestructuración completa del gobierno, a través de la desregulación, la privatización y una drástica reducción en el gasto público. Esta receta para la recuperación económica fue aceptada también, ya fuera de manera entusiasta o a regañadientes, por los países en desarrollo, que estaban experimentando sus crisis particulares, como resultado de una deuda externa opresiva, la inflación y el bajo crecimiento. Al mismo tiempo, muchos de estos países estaban realizando una transición a un gobierno más democrático. Además, después de 1989, los antiguos países socialistas iniciaron su propia transformación hacia el modelo occidental de democracia liberal y economía de mercado.

⁹¹ Véanse, entre otros, Rosanvallon (1981) y García Cotarelo (1986).

La crisis del Estado de bienestar ha tenido implicaciones significativas para los tribunales. El impacto más visible ha sido la necesidad de reconceptualizar la reforma judicial en el contexto de una austeridad fiscal relativa. Esto significa, en resumen, que las promesas de acceso ilimitado al sistema de justicia y su permanente expansión han tenido que ceder su lugar a las estrategias impulsoras de la eficiencia.⁹² Otros impactos de la crisis del Estado de bienestar en la justicia que pueden mencionarse son los siguientes:⁹³

- El proceso de sobre-juridificación de las prácticas sociales continúa, lo que exagera la pérdida de coherencia y unidad en el orden jurídico.
- El enorme incremento de los niveles de litigiosidad del periodo anterior empieza a estabilizarse.
- La creciente complejidad de ciertas controversias no tiene su equivalente en las prácticas rutinarias y la inadecuada formación de los jueces.
- Surgen nuevas áreas del litigio, por ejemplo, respecto de los derechos humanos de la tercera generación.
- La crisis en la representación política conduce a un aumento en los niveles de la corrupción y las actividades del crimen organizado, lo que moviliza la función de control social de los tribunales.

Después de dos décadas de drástico ajuste y a pesar del consenso aparentemente incuestionado de que sólo la democracia política y la economía de mercado pueden conducir a la libertad y la prosperidad de las naciones, el mundo enfrenta actualmente problemas que van mucho más allá del marco del Estado nacional: guerras regionales, destrucción del ambiente, crisis financieras, desempleo, tráfico de drogas y de armas, lavado de dinero, migración, etcétera. Estos desafíos no son meramente signo de una crisis, sino manifestación de nuevas tendencias, las cuales están crecientemente vinculadas a la “globalización”.

“Globalización” es un término utilizado generalmente para describir la realidad de un mercado mundial, con procesos integrados de produc-

⁹² Este objetivo ha sido incorporado explícitamente en el “análisis estructural de la administración de justicia”, un programa de investigación iniciado en los años noventa por el Ministerio federal alemán de Justicia. Véase Gottwald y Stempel (1991).

⁹³ Santos *et al.* (1996, pp. 27 y ss.).

ción, distribución y consumo que fluyen por encima y a través de las fronteras nacionales. En este sentido, la manifestación más visible de la globalización es un mercado financiero integrado, que puede operar las 24 horas del día, que mueve miles de millones de dólares alrededor del mundo todos los días y que puede afectar una economía nacional en cuestión de horas cuando los inversionistas deciden retirar sus capitales.

Sin embargo, para nuestros propósitos utilizaremos un concepto más amplio, con referencia a la noción tradicional de soberanía del Estado. Así, la globalización se puede entender como la existencia de campos sociales integrados a través del espacio segmentado que definen las fronteras de los estados nacionales.⁹⁴ En consecuencia, no es sólo el mercado el que se encuentra crecientemente globalizado (incluyendo las actividades económicas ilegales de la delincuencia organizada), sino también, en mayor o menor medida, la política, el derecho⁹⁵ y la cultura. En todo caso, la novedad consiste en la compresión del espacio y el tiempo que permite que los procesos de comunicación en y entre dichos campos se conviertan en una realidad instantánea. Conviene hacer notar que la globalización en este sentido es un proceso diferencial, lo que significa que no todos estos campos están integrados de la misma manera o con el mismo alcance o profundidad.⁹⁶

La consecuencia más visible de la globalización para el Estado soberano es la existencia de actividades sociales que parecen escapar cada vez más de su influencia y control. Viejos y nuevos actores se aprovechan de las nuevas esferas de interacción y adquieren nuevas capacidades para ejercer presión sobre el Estado y otros actores con base estatal. El Estado se ve sometido así a múltiples tensiones y contradicciones, tanto desde arriba como desde abajo.⁹⁷ Como respuesta, el Estado ha desarrollado varias estrategias para adaptarse a estos cambios, como, por ejemplo, mediante su participación creciente en el establecimiento de estructuras internacionales

⁹⁴ Este concepto está formulado en López-Ayllón (1997b, pp. 27 y ss.). Un concepto diferente pero relacionado y que es presupuesto por la idea de globalización, es el de “sociedad mundial”. Véase Luhmann (1986).

⁹⁵ Sobre la “globalización del derecho” véase, por ejemplo, Shapiro (1993) y Röhl (1996).

⁹⁶ McGrew (1998, pp. 328 y ss.).

⁹⁷ Röhl (1996, pp. 2 y ss.) identifica, por ejemplo, las siguientes tendencias “contradictorias”: universalización contra particularización; homogeneización contra diferenciación; integración contra fragmentación; centralización contra descentralización; coexistencia contra confusión.

y transnacionales para la cooperación,⁹⁸ las cuales desarrollan luego vínculos virtualmente autónomos —piénsese en la Unión Europea— con la esfera nacional. Se trata, no obstante, de un proceso dinámico en el que no puede presuponerse que el Estado haya renunciado a ejercer control sobre las actividades que afectan su territorio. Así, en el campo jurídico, es posible demostrar que hay diversos modelos de control, desde el “control estatal completo” hasta la “globalización autónoma”, pasando por los “modelos mixtos”, dándose dramáticos cambios entre ellos, ya sea en dirección hacia un creciente control estatal o en el sentido opuesto.⁹⁹

Desde la perspectiva de la globalización, sin embargo, los tribunales parecen estar sometidos a un paradójico proceso de *fortalecimiento y debilitamiento* simultáneos.¹⁰⁰ El debilitamiento relativo del Estado bajo la presión del mercado y el “fracaso simbólico del hombre y la sociedad democráticos” convergen y se refuerzan mutuamente, condicionando la creciente relevancia y poder de los tribunales:

La irrupción del activismo judicial no puede ser entendida si no es vinculada a un profundo movimiento del cual es sólo una manifestación. No es una transferencia de soberanía al juez, sino más bien una transformación de la democracia. Los jueces no gozarían de tal popularidad si no satisficieran una nueva expectativa política de la cual se han convertido en campeones, y si no representaran una nueva manera de comprender la democracia.¹⁰¹

De este modo, los tribunales se han convertido en un medio para abordar demandas políticas y, sobre todo, demandas morales. Se espera que los tribunales “distingan el bien del mal y que fijen la injusticia sobre la memoria colectiva” en un mundo privado de una autoridad moral superior.¹⁰²

⁹⁸ Knieper (1991) insiste, por ejemplo, que la globalización económica requiere el establecimiento de estructuras internacionales de gobierno, porque las funciones del Estado ya no pueden limitarse a territorios específicos.

⁹⁹ Gessner y Budak (eds.) (1998, p. 7), volumen que contiene ejemplos de ello en varios estudios empíricos. Véanse también los ensayos reunidos en Appelbaum, Felstiner y Gessner (eds.) (2001).

¹⁰⁰ Véase también Pérez Perdomo (1993) y López-Ayllón (2004).

¹⁰¹ Garapon (1996, pp. 21 y ss.).

¹⁰² *Idem.* Santos *et al.* (1996, cap. 1) y Santos (1999) exploran también las razones del nuevo protagonismo de los tribunales. Tanto Santos como Garapon vinculan esta prominencia con los problemas de la democracia contemporánea. Toharia (2001, pp. 18 y

Se han transformado, pues, en el último refugio de un ideal democrático desencantado.¹⁰³ Esto ayudaría a explicar por qué en ciertos países, como Italia y España, jueces anteriormente anónimos se han convertido repentinamente en prominentes actores en la lucha contra la corrupción política, el crimen internacional¹⁰⁴ y las violaciones graves a los derechos humanos, o por qué la reforma judicial se ha convertido en prioridad en países que sólo hasta hace poco experimentaron una transición democrática: en efecto, en estos y otros casos se espera que los tribunales desempeñen un papel central en la consolidación de la reforma política y económica.¹⁰⁵

Sin embargo, esta función conlleva riesgos considerables. Las imágenes de una judicatura todopoderosa pueden volverse contra los tribunales mismos,¹⁰⁶ porque es muy sencillo decepcionar las expectativas sociales.¹⁰⁷ Los tribunales se politizan, pero su eficacia y legitimidad depende, si resulta permisible una fórmula paradójica, del ejercicio apolítico, caso por caso, de su poder político.¹⁰⁸

La interrelación entre la nueva relevancia y la potencial debilidad de los tribunales se hace visible en la arena central de la globalización: la economía. Los tribunales son vistos aquí como instituciones de importancia capital para garantizar un *clima general de estabilidad y predictibilidad* que resulta favorable para la inversión y el comercio,¹⁰⁹ siempre que desempeñen sus funciones de manera *eficiente*.

ss.) señala que la interrelación de cuatro causas principales explica el nuevo protagonismo social de la justicia:

El crecimiento del sistema legal, que ahora abarca nuevos temas, concede nuevos derechos y afecta a más personas. El surgimiento de una nueva cultura cívico-jurídica de reclamación. La judicialización de la vida pública. La importancia del funcionamiento adecuado de la justicia para la buena marcha de la economía.

¹⁰³ Garapon (1996, p. 35). “El derecho se ha convertido en el nuevo lenguaje para formular demandas políticas que, habiendo sido decepcionadas por un Estado en retirada, están siendo masivamente dirigidas a los tribunales”.

¹⁰⁴ Véase el informe periodístico de Tijeras (1994).

¹⁰⁵ Correa Sutil (1993), Domingo Villegas (1995).

¹⁰⁶ Garapon (1997, p. 22).

¹⁰⁷ La llamada “justicia de transición”, es decir, la intervención de jueces y tribunales en la reparación y castigo de los delitos e injusticias cometidas durante una dictadura, parece especialmente problemática. Véanse los ensayos reunidos en McAdams (1997).

¹⁰⁸ Santos *et al.* (1996, p. 34).

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, Boza, Pérez Perdomo (1996) y Zamora (1993).

2. ¿Por qué la eficiencia? Las dimensiones económicas de la función judicial

Resulta obvio que los tribunales desempeñan una función económica, por ejemplo, cuando resuelven controversias de negocios y formulan normas jurídicas que tienen consecuencias económicas directas. Sin embargo, sus actuales funciones económicas tienen un alcance mucho mayor, ya que se espera que en realidad faciliten toda la gama de relaciones de intercambio en la sociedad. Los tribunales pertenecen al conjunto de instituciones que, de acuerdo con Douglass C. North, ganador del Premio Nobel de Economía en 1993, “estructuran los incentivos en los intercambios humanos, ya sean políticos, sociales o económicos”, y ejercen una influencia fundamental sobre “el desempeño diferencial de las economías en el tiempo...”¹¹⁰

Las instituciones influyen sobre las relaciones de intercambio entre los seres humanos mediante la reducción de los llamados “*costos de transacción*”. Los costos de transacción son los costos que conlleva “medir los atributos valiosos de lo que se está intercambiando ...proteger los derechos, así como vigilar y hacer cumplir los acuerdos”.¹¹¹ Puesto que en una sociedad compleja, donde predomina el intercambio impersonal, los contratos y los acuerdos no son, por lo común, autoejecutables, resulta necesario que los acuerdos vayan acompañados de alguna forma de ejecución por parte de un tercero, a fin de “proporcionar información a los individuales que les permita vigilar el incumplimiento”.¹¹²

Sin embargo, nada garantiza que las instituciones en este sentido sean también eficientes. En todo caso, no lo son en los términos de la eficiencia de Pareto, que es relativa a la asignación de bienes o servicios, sino en un sentido adaptativo. La eficiencia adaptativa se refiere a las “clases de

¹¹⁰ North (1990, p. 3). North define las instituciones como “las reglas del juego en la sociedad”, o de modo más formal, como “las restricciones diseñadas por el ser humano para configurar la interacción humana”.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 27.

¹¹² *Ibidem*, p. 57. Por supuesto, la ejecución a cargo de un tercero también funciona cuando no es utilizada y existe solamente como una posibilidad potencial que contribuye a configurar la interacción de una cierta manera. Hay que hacer notar que los tribunales penales también ayudan a reducir los costos de transacción al elevar el “precio” de participar en actividades ilegales, es decir, el precio que hay que pagar por evitar el intercambio voluntario de bienes y servicios.

reglas que configuran el modo en que la economía evoluciona a través del tiempo”.¹¹³ También se refiere “a la disposición de una sociedad a adquirir conocimiento y a aprender, a inducir la innovación, a emprender riesgos y actividades creativas de toda clase, así como a resolver los problemas y cuellos de botella de la sociedad a través del tiempo”.¹¹⁴

En opinión de North, el problema está en que todavía nos hallamos lejos de entender cómo lograr economías eficientes en el sentido adaptativo, “porque la eficiencia de la asignación y la eficiencia adaptativa no siempre son consistentes entre sí”.¹¹⁵ Más aún, “las instituciones no son necesariamente siquiera usualmente creadas para ser socialmente eficientes, sino que más bien las instituciones, o al menos las reglas formales, son creadas para servir a los intereses de quienes poseen el poder de negociación para diseñar nuevas reglas”.¹¹⁶

A pesar de tales dificultades teóricas, los formuladores de políticas públicas en todo el mundo parecen estar de acuerdo, cada vez más, en que la reforma judicial y, por consiguiente, la eficiencia de los tribunales, tienen una importancia creciente en vista de la despiadada lucha por las oportunidades en la inversión y el comercio que impone la globalización económica, pero, sobre todo, en que se trata de una manera de mejorar las capacidades institucionales y de gobierno de los asediados estados nacionales. Así, por ejemplo, las instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo consideran actualmente la reforma judicial como un importante componente del cambio estructural económico, y en consecuencia, han dado considerable apoyo a proyectos de reforma en varios países.¹¹⁷ La noción subyacente es que la ausencia de un sistema judicial eficaz y eficiente genera costos significativos que obstaculizan el crecimiento económico. Estos costos derivan de tres fuentes principales: la pérdida de valor de los derechos de propiedad debido a la

¹¹³ *Ibidem*, p. 80.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 81.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 90.

¹¹⁷ Véanse, por ejemplo, las ponencias presentadas en dos reuniones sobre justicia y desarrollo patrocinadas por el BID, en Banco Interamericano de Desarrollo (ed.) (1993) y Jarquín-Carrillo (1997). Sobre la intervención de los organismos internacionales del desarrollo en la reforma del derecho y la justicia en América Latina puede verse Thome (2000). Desafortunadamente, de acuerdo con algunas evaluaciones (por ejemplo, Hammergren, 1998 y Prillaman, 2000), los resultados de algunos de estos proyectos no han sido satisfactorios. Véanse también los ensayos reunidos en Pásara (comp.) (2004).

falta de aplicación predecible de las reglas; los costos de transacción adicionales para la contratación en un ambiente donde la solución de conflictos por un tercero es disfuncional, y la corrupción.¹¹⁸

Otro problema de la reforma judicial —y de la eficiencia de los tribunales— es que cada vez son más los factores de carácter internacional los que han conducido a la convicción de que los tribunales son importantes para el desarrollo económico. Por tanto, es de esperarse que las transacciones económicas internacionales den origen a un cierto número de controversias jurídicas que estos órganos podrían resolver adecuadamente, en su caso. Sin embargo, también es un hecho que las controversias económicas de carácter internacional —especialmente aquellas de gran cuantía relacionadas con la inversión y el comercio— tienden a ser sustraídas de la jurisdicción nacional y transferidas a los foros internacionales, en particular, a tribunales arbitrales *ad hoc*. Esto conduce a plantear las siguientes preguntas: ¿hasta qué punto se evitan a los tribunales nacionales porque son incapaces, o no están dispuestos, a manejar *eficientemente* los asuntos que tienen elementos internacionales? Y, ¿en qué medida el proceso de competencia económica global exige un proceso de competencia entre los sistemas jurídicos y judiciales como un factor que contribuye a atraer (o al menos, a no desincentivar) el comercio y la inversión?

Al respecto, hay alguna evidencia de que los tribunales nacionales conocen solamente de una pequeña porción del número potencial de asuntos internacionales, y de que éstos tienden a una duración más larga y a ser más costosos que los asuntos nacionales comparables. Un proyecto de investigación sobre los litigios civiles internacionales ante los tribunales de Nueva York, las ciudades de Bremen, Bremerhaven y Hamburgo, en el norte de Alemania, así como la ciudad de Milán, Italia, ofrece algunos resultados interesantes que serán brevemente reseñados aquí.¹¹⁹

Primeramente, hay que hacer notar que todas estas grandes ciudades tienen especial importancia para el comercio y los negocios. Nueva York, en particular, es un mercado muy importante de servicios jurídicos internacionales. Esto atrae a las compañías extranjeras, lo que, a su vez, promueve

¹¹⁸ Buscaglia y Dakolias (1996, p. 1). Sin embargo, a nivel nacional se ha entendido que no sólo la reforma económica sino *también* la democrática requieren instituciones de justicia eficaces y que esta coincidencia ofrece la oportunidad sin precedentes, y quizá única, de impulsar una reforma judicial real. Esto se señala explícitamente en Binder (1993). Véase también CIDAC (1994) y Domingo Villegas (1995).

¹¹⁹ Gessner (ed.) (1996a).

el desarrollo de una sólida infraestructura jurídica, en forma de despachos que pueden ofrecer asesoría especializada sobre derecho extranjero, ya que pueden contratar abogados de otras naciones. Por consiguiente, sería de esperarse que los tribunales de estas ciudades conozcan de un porcentaje relativamente alto de asuntos internacionales. Sin embargo, no parece ser éste el caso.

En Nueva York, Alemania y Milán, el porcentaje de asuntos internacionales fluctuó entre el 1.5 y el 3%.¹²⁰ Por lo que se refiere a la duración y los costos, en Nueva York estos asuntos tenían una mayor duración y resulta-

¹²⁰ En *Nueva York*, se iniciaron unos 30 mil asuntos civiles generales ante los tribunales de primera instancia en 1986. Una muestra de 2,200 expedientes produjo solamente 34 (1.5%) de carácter transfronterizo, es decir, casos en los que una de las partes es o está en el extranjero. La consulta a una base de datos con todas las sentencias civiles dictadas en el estado de Nueva York en 1992, incluyendo las resoluciones de los tribunales federales, condujo a un resultado similar: de un total de 23,181 sentencias, solamente 353, o un 1.5%, se referían a asuntos internacionales. Sin embargo, dicho porcentaje fue significativamente mayor (10.6%) ante el tribunal federal para el distrito sur de Nueva York. Freyhold (1996, pp. 57 y 64).

En *Alemania*, el cuadro no resultó muy diferente del encontrado en Nueva York. En Bremen, 4,438 asuntos se iniciaron en 1988 y fueron resueltos por las salas civiles y comerciales del tribunal de primera instancia. 3,605 eran de competencia general. De estos, 45, o 1%, tenían carácter internacional. 833 asuntos eran comerciales. De ellos 91, o aproximadamente 11%, eran internacionales. La proporción total de asuntos internacionales fue de 3% (136 casos). En Hamburgo, se iniciaron 7,591 asuntos en 1988 en la “sala internacional” especializada y en las salas civiles y comerciales. 6,661 casos eran de competencia general, de los cuales 110 (o un 2%) eran de naturaleza internacional. 930 eran asuntos comerciales, y 99 de los cuales (11%) eran internacionales. El porcentaje total de asuntos internacionales fue de menos de 3%. En Bremerhaven, la investigación se concentró sólo en asuntos de familia. Se iniciaron 2,534 asuntos en 1988, y solamente 59, o un 2.3%, eran internacionales. Sin embargo, 19 asuntos se relacionaban con la presencia de una base militar de los Estados Unidos en las cercanías, de manera que el porcentaje real de asuntos internacionales era mucho menor (un 1.5%). Gessner (1996b, 155, pp. 190 y ss.).

En *Milán*, se registraron 20,036 expedientes en el tribunal civil en 1988. De entre ellos se seleccionó un total de 546 asuntos transfronterizos. De los seleccionados, casi la mitad, o 286, todavía no estaban resueltos después de cinco años. Los 260 resueltos tuvieron que ser reducidos por otras causas (pérdida del expediente, errores en el registro, etcétera). El grupo definitivo de asuntos que respondían a los lineamientos de la investigación consistía en 197 expedientes, o 189, si solamente se incluía uno de los 9 asuntos Japón-Italia. El porcentaje de asuntos internacionales se estimó en un 2% sobre la base de los 546 asuntos potenciales, dando por supuesto un margen de error similar al de la depuración de los expedientes resueltos. Olgati (1996, pp. 221 y ss.).

ban más costosos que los nacionales comparables.¹²¹ En Bremen y Hamburgo, los asuntos internacionales mostraron una clara tendencia a una duración significativamente mayor, lo que podría atribuirse en parte a las dificultades de notificar la demanda en el extranjero, así como al requerimiento de un mayor número de audiencias.¹²²

El estudio muestra que aún si, en términos absolutos, los tribunales nacionales conocen de un número grande de asuntos internacionales (que se estimaban entonces entre 100 y 200 mil al año para los quince países de la Unión Europea),¹²³ esto solamente daría cuenta de una proporción pequeña del número total de controversias civiles internacionales. Así se plantea nuevamente la cuestión del papel de los tribunales *nacionales* en la economía global, pero en todo caso, ello significa que los tribunales (y los estados nacionales también) se ven *debilitados en términos relativos* si los asuntos que podrían ser potencialmente manejados por ellos son resueltos por otros medios.

En relación con la segunda pregunta, es decir, la competencia entre sistemas jurídicos¹²⁴ y el papel de los tribunales en este proceso, resulta obvio que las normas jurídicas sirven como un importante instrumento para atraer comercio e inversión del extranjero si son capaces de crear ventajas económicas comparativas. Después de todo, ésta es la lógica que está detrás de la impresionante transformación que experimentaron los sistemas jurídicos de muchos países en los años ochenta y noventa en dirección a la liberalización económica y política, con bastante éxito.¹²⁵

En este contexto, y como ya se ha dicho, los tribunales nacionales desempeñan un importante papel como factor en el clima general de estabilidad económica y política, así como de certidumbre jurídica, que favorece la inversión, el comercio y, en última instancia, el crecimiento económico. Dicho en otras palabras: la percepción de que los tribunales nacionales son ineficaces e ineficientes, o de que sus resoluciones e interpretaciones pueden reducir las oportunidades económicas, seguramente tendría gran peso

¹²¹ Freyhold (1996, pp. 119 y ss.).

¹²² Gessner (1996b, p. 177).

¹²³ Freyhold *et al.* (1996, p. 269). Esta estimación tendría que ser corregida hacia arriba (200 a 300 mil casos) ahora que ha sido calculada con alguna precisión la cifra correspondiente a Alemania (64 mil asuntos internacionales por año). Volkmar Gessner (comunicación personal).

¹²⁴ Véase, por ejemplo, Reich (1992).

¹²⁵ Véase López-Ayllón (1997a y b) en relación con México y América Latina.

en las decisiones de los actores económicos, tanto extranjeros como nacionales.¹²⁶

Los tribunales pueden adquirir relevancia en el proceso de competencia económica en un sentido diferente, porque podrían *atraer* controversias internacionales (e indirectamente, oportunidades de negocios) que podrían haberse resuelto en otra parte. En principio, el potencial para una competencia entre tribunales en este sentido es reducido, ya que no hay posibilidades ilimitadas de interponer una demanda ante cualquier tribunal en cualquier país, a menos que exista un punto de contacto justificable con el caso, como el domicilio o la existencia de bienes dentro de la jurisdicción del tribunal. La certidumbre jurídica impide que la selección del foro sea completamente arbitraria. Sin embargo, hay algunos foros que tienen un “brazo largo” y que son generosos en la admisión de asuntos internacionales (por ejemplo, Nueva York y Alemania).¹²⁷ Más aún, las partes de un contrato pueden insertar una cláusula que fije con anticipación el foro competente para el caso de que surja alguna controversia, foro que puede ser el arbitraje o los tribunales ordinarios.¹²⁸

Todo lo anterior significa que, por diversas razones, los individuos y las empresas interponen demandas en el extranjero con cierta frecuencia. ¿Cuántos utilizan realmente los tribunales extranjeros? ¿Cuáles son sus oportunidades de superar las barreras naturales del lenguaje, la cultura jurídica y la probable aplicación de las leyes extranjeras? ¿Por qué estarían dispuestos a enfrentar la mayor duración y los costos más elevados del procedimiento? El proyecto de investigación que acabamos de citar ofrece algunas respuestas al respecto.

En los asuntos y resoluciones internacionales en Nueva York se encontró una distribución igual entre demandantes estadounidenses y extranjeros.¹²⁹ La tasa de victorias de los demandantes en todas las resoluciones no

¹²⁶ Zamora (1993). Véase, por ejemplo, Walch (1994), quien señala que una interpretación errónea de las leyes de Nueva York en relación con la competencia personal podría hacer peligrar su posición como cuartel de la industria fonográfica internacional.

¹²⁷ Freyhold (1996, pp. 84 y ss.) y Gessner (1996b, p. 169).

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 92 y ss. señala que estas cláusulas no son tan frecuentes como se supone, y que pueden enfrentar problemas de ejecución, ya que algunos países no aceptan que se evadan sus tribunales. En el estudio sobre los tribunales alemanes, las cláusulas de selección del foro aparecían sólo en un 25% de los asuntos internacionales. Gessner (1996b, p. 170).

¹²⁹ *Ibidem*, p. 90.

era muy alta: 21%, porcentaje en el cual un 53% correspondió al demandante extranjero y 7% a demandantes extranjeros y estadounidenses. La tasa de victorias de los demandantes en la sentencia definitiva fue de 24%; dentro de este porcentaje, en 57% de los casos los demandantes eran extranjeros, y en 7%, extranjeros con estadounidenses.¹³⁰

En Alemania, en cerca del 80% de los expedientes internacionales no se mencionó el derecho extranjero o uniforme, o bien, las partes alegaron a favor de la aplicación del derecho alemán.¹³¹ Por lo que se refiere al número de demandantes extranjeros, de un total de 320 asuntos en Hamburgo y Bremen, la parte actora era extranjera en 209 (aproximadamente 65%).¹³² La parte demandante ganó de manera completa o predominante en un 67% de los asuntos internacionales, mientras que la tasa comparable en los nacionales fue del 60%.¹³³ Los demandantes que no residían en Alemania tuvieron significativamente más éxito ante los tribunales alemanes que los residentes tanto en asuntos nacionales como internacionales (69 contra 61%, respectivamente). Sin embargo, esta ventaja desaparecía si se eliminaban de la muestra las peticiones de los no residentes en Alemania para la ejecución de sentencias extranjeras. Entonces la probabilidad de ganar era aproximadamente la misma, pero quizá un poco más de lo que podía esperarse.¹³⁴ En cambio, en los casos internacionales familiares, los demandantes eran residentes en Alemania casi en su totalidad.¹³⁵

En Italia, en 80 entre 170 casos, el demandante era residente en el extranjero, mientras que en 90 casos su residencia se encontraba en Italia. Los demandantes eran extranjeros en 80 casos y residentes en Italia en 85 casos.¹³⁶ En siete de 189 casos (3.7%), un demandante y un demandado extranjeros parecen haber escogido la jurisdicción italiana voluntariamente.¹³⁷ En relación con el contenido de la controversia, 116 casos (65%) eran de negocios. En 64 de estos 116 asuntos (73%), la parte actora era extranjera.¹³⁸

Estos datos muestran que aún si los tribunales nacionales manejan un porcentaje relativamente reducido de los asuntos internacionales, e incluso

¹³⁰ *Ibidem*, p. 116.

¹³¹ Gessner (1996b, pp. 179 y ss.).

¹³² Esto se desprende de la Tabla D-21. *Ibidem*, p. 186.

¹³³ *Ibidem*, p. 187.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 188 y ss.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 191.

¹³⁶ Olgati (1996, p. 230).

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 229 y ss.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 233.

si los juicios son más caros y lentos que los procedimientos nacionales comparables, estos tribunales pueden ser todavía más atractivos para las partes extranjeras en comparación con *sus propios tribunales*.¹³⁹ En los asuntos internacionales, los extranjeros tienen una probabilidad similar de ser parte actora que los residentes del país. Los tribunales extranjeros pueden ser también atractivos desde la perspectiva de los negocios, en virtud de contar con una adecuada infraestructura jurídica o incluso porque los tribunales aplicarán su propio derecho. Más aún, a los demandantes no les va mal ante tribunales extranjeros, puesto que ganan aproximadamente el mismo porcentaje de asuntos que los actores internos, tanto en asuntos nacionales como internacionales.¹⁴⁰ Por tanto, cuando son vistos como justos o eficientes por las partes extranjeras, los tribunales pueden contribuir, aunque de modo marginal, a la competitividad internacional. El cuadro predominante, sin embargo, indica que los tribunales internos “todavía no proporcionan la seguridad institucional para el comercio entre culturas a larga distancia, o para cualquiera otra interacción jurídica global”.¹⁴¹

Obviamente, el hecho de que esto no ocurra en el presente no significa que así haya de permanecer. Por tanto, debemos abordar ahora la cuestión de si los tribunales *nacionales* están dispuestos a participar en el proceso de internacionalización, y si son capaces de hacerlo, dada la ausencia de instituciones judiciales internacionales sólidas. Los autores del estudio arriba citado, por ejemplo, son un tanto escépticos de la probabilidad de que alrededor de los procesos judiciales nacionales se establezca un entorno jurídico-cultural complejo, creando así una estructura generalizada de expectativas de confianza y predictibilidad. Tal entorno requeriría, por ejemplo, la difusión de información sobre las reglas y prácticas internacionales entre los jueces, los profesionistas del derecho y la gente de negocios.¹⁴²

No obstante, los tribunales nacionales están haciendo un esfuerzo modesto pero visible para alcanzar la internacionalización. Aquí podría citarse la sensibilidad especial de los jueces de Nueva York que les permite otorgar un trato verdaderamente especial a los asuntos internacionales,¹⁴³ pero también los contactos internacionales, cada vez más frecuentes, en-

¹³⁹ Para un estudio sobre la selección de jurisdicción (federal o estatal) en el contexto interno de los Estados Unidos, véase Bumiller (1980-1981).

¹⁴⁰ *Cfr.* las conclusiones de Freyhold (1996, p. 148) y Gessner (1996b, p. 206).

¹⁴¹ Freyhold *et al.* (1996, p. 279).

¹⁴² *Ibidem*, p. 280.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 271.

tres los jueces y las instituciones de justicia, incluyendo el establecimiento de vínculos formales y organismos de cooperación.¹⁴⁴ El problema real no radica, por tanto, en la incapacidad de los tribunales y los jueces nacionales para adaptarse a la internacionalización, sino en las limitaciones estructurales que el marco institucional nacional les impone. Esto plantea la cuestión de la necesidad de organismos judiciales supranacionales que desempeñen, en este nivel, las mismas funciones que los tribunales nacionales llevan a cabo en la esfera interna.¹⁴⁵

En la actualidad, no existen muchos tribunales supranacionales en este sentido. El ejemplo más desarrollado entre ellos es, por supuesto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo y el cual ocupa un sitio prominente entre las instituciones de la Unión. Se reconoce ampliamente que la integración europea se ha logrado en buena medida a través del derecho y que, en este sentido, el Tribunal Europeo ha desempeñado un papel central. Lo interesante de este Tribunal es que no reemplaza a los tribunales internos, sino que se constituye en cabeza de un sistema judicial encargado de la aplicación e interpretación del derecho comunitario, sistema que incorpora también los tribunales internos y se apoya en ellos.¹⁴⁶ Sin embargo, quizá sea innecesario un proceso de integración tan avanzado como el europeo para lograr el establecimiento de tribunales u organismos cuasi-judiciales transnacionales. El sistema de paneles binacionales que crea el capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre México, los Estados Unidos y Canadá para la resolución de controversias sobre prácticas desleales de co-

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo, el International Judicial Observer, publicado conjuntamente por el Federal Judicial Center de los Estados Unidos y la American Society of International Law (1995). En el segundo número de esta publicación (enero de 1996) se informa sobre la creación de la Organización de Cortes Supremas de las Américas. La carta de esta organización fue votada en Washington D. C. en octubre de 1995 por los representantes de las Cortes Supremas de 25 países del hemisferio occidental. Como parte de estos esfuerzos de internacionalización, en los que México ya está participando, se han iniciado también reuniones e intercambios entre los jueces mexicanos y los de los Estados Unidos. Así, por ejemplo, en mayo de 2001 se realizó en Austin, Texas, un simposio de funcionarios judiciales, académicos y profesionistas jurídicos de los dos países, a fin de discutir sobre el tema de la "independencia y la responsabilidad judiciales". Véase la nota del diario Austin American-Statesman del 4 de mayo de 2001, p. B7.

¹⁴⁵ Estos tribunales internacionales son tanto más necesarios por cuanto el arbitraje privado no desempeña por lo general la función crucial de crear reglas públicas.

¹⁴⁶ Véase Hartley (1994, pp. 64 y ss., 195 y ss.).

mercio internacional constituye un ejemplo de una institución de solución de conflictos que tiene una composición internacional pero que aplica leyes nacionales.¹⁴⁷

En resumen: la necesidad de una infraestructura jurídica internacional adecuada no implica que los tribunales nacionales o los internacionales puedan ofrecer solos este servicio. Por el contrario, es más probable que para tal propósito se desarrolle un conjunto muy diverso de instituciones judiciales y cuasi-judiciales, tanto internas como internacionales. Que sean utilizadas o no depende de diversos factores, como los que ya se han mencionado: las reglas de competencia, las percepciones de los actores sobre justicia y eficiencia, la naturaleza de las pretensiones de las partes, la orientación de jueces y abogados, el clima general de negocios, etcétera.

Como se señalará más adelante, la *función económica general de los tribunales* está inextricablemente ligada a la naturaleza de éstos como *aparato organizado* que emplea recursos escasos que tienen siempre usos alternativos.¹⁴⁸ Esto significa que la eficiencia organizacional de los tribunales es un componente de su eficiencia global como instituciones sociales.

Como señala North, la ejecución a cargo de un tercero es costosa,¹⁴⁹ y parte de los costos que genera están ligados a la necesidad de diseñar incentivos y garantías de que tal ejecución será imparcial: “El ejecutor es un agente y tiene su propia función de utilidad, la cual dicta sus percepciones acerca de las cuestiones y, por tanto, será afectada por sus propios intereses”.¹⁵⁰ Desde la perspectiva de los costos de transacción, se puede decir que los tribunales son tanto parte del problema como de la solución, ya que, por un lado, deben contribuir a reducir dichos costos en la sociedad, pero, por el otro, también generan sus propios costos de transacción.¹⁵¹ Así, los tribunales serán instituciones socialmente eficientes cuando las ganancias que derivan de la facilitación de las relaciones de intercambio no sean anuladas por los costos, públicos y privados, asociados con la operación de los tribunales en su conjunto. Hay que tomar en cuenta, sin

¹⁴⁷ López-Ayllón y Fix-Fierro (1997).

¹⁴⁸ Véase Hazard, Jr. (1965).

¹⁴⁹ North (1990, p. 58): “La ejecución es costosa. De hecho, con frecuencia es costoso incluso averiguar que un contrato ha sido infringido, más costoso aún medir la infracción, y más costoso todavía lograr detener y aplicar un castigo al infractor”.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 32: “es la medición más el costo de ejecución lo que determinan conjuntamente los costos de transacción”.

embargo, que es precisamente en este punto que la utilidad individual y la social pueden divergir. Mientras para los individuos puede valer la pena litigar, los costos sociales globales pueden ser mayores que los beneficios. No obstante, que esto ocurre o no es, en sí misma, una pregunta que resulta costoso responder.

La operación de los tribunales es costosa, y sus recursos no pueden ampliarse indefinidamente. Dadas las crecientes cargas de trabajo, los tribunales están sometidos a la presión de tener que racionalizar y hacer más eficiente el uso de sus recursos, pues de otro modo, el precio de acceder a ellos se incrementará bajo la forma de juicios más largos. Por su parte, los litigantes tienen que evaluar si el recurso a los tribunales es la mejor alternativa en términos de costos o si existen soluciones menos caras, incluyendo el arreglo con la contraparte o incluso el desistimiento de sus pretensiones. Esto es lo que por lo común se quiere decir con el concepto de “eficiencia judicial”.

3. *Hacia un Poder Judicial efectivo*

Por supuesto que el desempeño de los tribunales y la reforma judicial implican muchas cosas más que la “eficiencia”.¹⁵² En efecto, hay razones para pensar que la eficiencia es sólo un componente de un concepto más amplio, el cual indicaría la idoneidad social de los tribunales. Este concepto más amplio podría denominarse “efectividad”,¹⁵³ para significar, como se dijo arriba, la capacidad de alcanzar los objetivos para los cuales se han establecido los tribunales en combinación con un grado mínimo de eficiencia.

¿Cuándo puede decirse que los tribunales son “efectivos”? Tal puede decirse cuando satisfacen al menos los siguientes requisitos:

¹⁵² Pero véase la opinión de Dakolias (1995, pp. 5 y ss.) sobre las ventajas de escoger la eficiencia como punto de partida para la evaluación de un sistema de tribunales: primeramente, “la mayoría de los indicadores pueden medirse cuantitativamente utilizando datos objetivos”, lo que ofrece una base sólida para la comparación; en segundo lugar, “la congestión, los costos, y la demora son objeto de la mayor parte de las quejas por la gente en la mayoría de los países”, y en tercer lugar, “la eficiencia es un punto de partida prometedor para el estudio y diseño de la reforma judicial debido a su naturaleza relativamente apolítica”. Sobre la necesidad de trascender una visión puramente tecnocrática y gerencial de la eficiencia en la justicia, véase Vargas Vianco (2004).

¹⁵³ En Buscaglia y Dakolias (1999, pp. 1 y ss.), la eficiencia judicial es definida explícitamente como un aspecto singular, pero importante, de la “efectividad judicial”.

- *Diseño institucional*: los tribunales deben estar organizados y dotados de facultades de una manera tal que sea adecuada para el desempeño de sus funciones.
- *Jueces y funcionarios judiciales*: los jueces y demás funcionarios judiciales deben estar adecuadamente formados y seleccionados, y debe ofrecérseles incentivos atractivos en su puesto y carrera.
- *Selectividad*: los tribunales deben tener la capacidad de seleccionar y manejar los casos que se consideren “relevantes” desde el punto de vista social.
- *Capacidad de procesamiento*: los tribunales deben tener suficiente capacidad para tratar los asuntos de manera oportuna.
- *Profesión jurídica*: el desempeño adecuado de los tribunales requiere abogados bien preparados y capaces de interactuar con aquéllos, así como de evaluar su funcionamiento.
- *Legitimidad*: los tribunales requieren un grado mínimos de credibilidad y visibilidad sociales.

“Selectividad” y “capacidad de procesamiento” son los dos requisitos que tienen implicaciones más directas para la eficiencia. Sin embargo, otros también tienen tales implicaciones, puesto que demandan el uso eficiente de recursos. Esto incluye los aspectos del “diseño institucional” y de la formación y selección de “jueces y funcionarios judiciales”.

La “legitimidad” puede considerarse como un requisito de la efectividad judicial, porque las expectativas sociales dirigidas hacia el sistema judicial actúan como incentivo para un mejor desempeño, cumplidas otras condiciones, tal como la existencia de recursos adecuados. En este sentido, la visibilidad es, en la actualidad, un componente importante de la legitimidad social de los tribunales, como lo muestra un estudio sobre las actitudes de masa hacia los tribunales supremos y constitucionales de 18 naciones.¹⁵⁴ Este estudio concluye que, generalmente, “conocer un tribunal significa darle apoyo” y que los “tribunales generan apoyo específico al volverse prominentes, al hacer que la masa del público conozca sus actividades en la definición de políticas públicas (*policy-making activity*)”.¹⁵⁵

Sin embargo, lo contrario también es cierto: la efectividad es un requisito de la legitimidad. Esto es así porque las sociedades contemporáneas se

¹⁵⁴ Gibson *et al.* (1998).

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 356.

fundan en un tipo de legitimidad que puede denominarse “funcional”: “es legítimo lo que es eficaz, y es eficaz lo que promueve y asegura el desarrollo técnico-económico en unas condiciones ambientales y en una coyuntura dadas, ya que ello es, en última instancia, condición para la vigencia de cualesquiera otros valores”.¹⁵⁶

Un estudio reciente sobre los tribunales locales en México muestra por qué la evaluación del desempeño judicial en relación con un área específica del litigio —la ejecución de créditos en dinero— debe incluir indicadores que vayan más allá de un criterio estrecho de eficiencia, para incluir criterios de efectividad.¹⁵⁷ Además de la evaluación de aspectos de eficiencia tales como la duración de los juicios comerciales e hipotecarios, el cumplimiento de las resoluciones judiciales, el nivel y el uso eficiente de los recursos humanos y materiales, también se evalúa la calidad institucional del respectivo poder judicial sobre la base de veinte indicadores, tales como la calidad profesional de los jueces, la calidad, homogeneidad y consistencia de las resoluciones judiciales, la independencia judicial, la carrera judicial, el número de juzgados, la consulta del archivo judicial, la calidad técnica y la corrupción en los servicios auxiliares, la calidad de las disposiciones procesales, etcétera.¹⁵⁸ Resulta interesante advertir que tanto los indicadores cualitativos como de eficiencia incluyen el desempeño de otros órganos y dependencias públicos que no pertenecen al poder judicial pero que contribuyen de manera importante a su funcionamiento.

III. OBJETIVOS, ALCANCE Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1. *Economía, sociología y derecho*

Este estudio pretende examinar con algún detalle el significado y la relevancia del concepto de eficiencia para el funcionamiento de los tribunales y los sistemas judiciales. Su propósito central es ofrecer algunos elementos para contestar preguntas como las siguientes: ¿en qué sentido podemos decir que los tribunales trabajan de manera eficiente?, ¿cuáles son los criterios relevantes para la medición y la evaluación de la eficiencia judicial?

¹⁵⁶ García Pelayo (1991, p. 1423).

¹⁵⁷ Sarre y López Ugalde (2002).

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 28.

Pero también: ¿deberían los tribunales operar eficientemente y en qué medida es esto viable?, ¿cuál es la relación adecuada entre las consideraciones de “eficiencia” y “justicia” en un procedimiento judicial?

El concepto de “eficiencia” pertenece incuestionablemente a la ciencia económica. En la visión económica del mundo, la “eficiencia” constituye el parámetro universal para la evaluación de la asignación y el uso adecuados de recursos escasos. En la medida en que el derecho y las instituciones jurídicas afectan tal asignación o uso, están sujetos inevitablemente a juicios sobre su eficiencia económica. Los economistas, y los juristas con formación o interés en el pensamiento económico, se han aventurado en el campo del derecho y han intentado aplicar las herramientas económicas a los problemas jurídicos. En este sentido han propuesto modelos económicos sobre las consecuencias diferenciales de distintas reglas jurídicas. Además, han evaluado críticamente la eficiencia de instituciones jurídicas particulares, así como también han propuesto cambios sustantivos o de política sobre la base de sus conclusiones. Estos esfuerzos han conducido a la creación de una “escuela” o movimiento identificables, el “análisis económico del derecho”, o más sencillamente, “derecho y economía” (“*law and economics*”) por su denominación en inglés.¹⁵⁹ Si bien no todos los estudiosos de esta disciplina comparten en igual medida la preocupación por la eficiencia, o bien, están de acuerdo en un concepto particular de la misma, no parece, a primera vista, que tal concepto pueda ser completamente olvidado al evaluar las instituciones jurídicas desde un punto de vista económico.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Una “reconstrucción” muy competente de este movimiento intelectual que esencialmente se ha desarrollado en los Estados Unidos es la que ofrecen dos estudiosos europeos: Chiassoni (1992) y Mercado Pacheco (1994). Véanse también Deakin (1996), quien distingue entre el análisis económico del derecho y la perspectiva más amplia del movimiento de “derecho y economía”, y Cossío Díaz (1997), quien intenta determinar los usos del análisis económico del derecho en la tradición jurídica romanista. Esto se lleva a cabo con base en la delimitación conceptual entre la ciencia jurídica normativa, la sociología jurídica, la ciencia de la política jurídica, y el análisis económico del derecho en sentido estricto. Como introducción, pueden verse las siguientes obras: Hirsch (1988), Polinsky (1989), Pastor (1989), Veljanovski (1990), Lemennicier (1991), Cooter y Ulen (1988) y Posner (1998). Mercurio y Medema (1996) ofrecen un útil panorama de “escuelas” y enfoques.

¹⁶⁰ Véase Coleman (1980, pp. 510 y ss.) en relación con la relevancia del concepto de eficiencia para el análisis económico del derecho, así como respecto de las diversas nociones de eficiencia utilizadas por los economistas y los expositores del análisis económico del derecho: eficiencia productiva, óptimo de Pareto, superioridad de Pareto, eficiencia de Kaldor-Hicks y maximización del bienestar.

La economía no es la única ciencia social que pretende examinar y evaluar el desempeño, como quiera que se defina, de las instituciones jurídicas. La sociología, y más precisamente la sociología del derecho, goza de una larga tradición en la que ha desempeñado un importante papel el examen crítico del comportamiento de las instituciones jurídicas en su contexto social. Desde los años sesenta, la sociología del derecho ha dedicado esfuerzos considerables al análisis empírico y teórico de los conflictos y la solución de los mismos y, por tanto, ha puesto mucha atención en el funcionamiento de los tribunales y otras instituciones de la justicia. Para tal efecto, ha recurrido a una gran variedad de perspectivas, las cuales, en ocasiones, han estado próximas al enfoque económico, si no es que directamente influidas por él.

Esta aparente concurrencia de las perspectivas económica y socio jurídica, en la que ambas pretenden examinar el desempeño de las instituciones sociales que llamamos tribunales y, eventualmente, ofrecer criterios y conocimientos útiles para su reforma, parece requerir un examen sistemático de la relación entre ambos enfoques. Tal examen es necesario no sólo en razón del carácter global que pretende lograr el presente estudio, sino también porque tal cuestión no parece haber recibido la atención que merece. Desde el punto de vista de una política jurídica o judicial con fundamento científico (noción que en sí misma no está exenta de problemas), debe aclararse primero la cuestión de las ventajas comparativas de distintas ciencias sociales, así como de las contribuciones que puedan esperarse de ellas, antes de tratar de obtener lecciones o recomendaciones específicas a partir de la investigación empírica.

A la luz de estas observaciones, el objetivo principal de este estudio es la sistematización y análisis de:

- Los conceptos y las teorías sobre lo que significa la eficiencia para el derecho, la función judicial y los tribunales; más específicamente, sobre el lugar de la eficiencia en el sistema jurídico, así como en el contexto del desempeño de los tribunales.
- La relación entre sociología del derecho y el análisis económico del derecho; y
- Los estudios sociojurídicos de carácter empírico que pueden considerarse relevantes para clarificar la relación entre funcionamiento de los tribunales y eficiencia.

Estos tres aspectos se encuentran interrelacionados en el sentido de que el análisis conceptual y teórico se ha inspirado y orientado en las investigaciones existentes. Dicho en otros términos: no se recurrió a un marco conceptual, elaborado *a priori* para organizar los estudios empíricos examinados, sino que, por el contrario, dicho marco conceptual surgió del intento por dar una estructura significativa a la variedad de estudios producidos en diversos países sobre los aspectos más disímolos de la operación de los tribunales.

Los estudios empíricos sobre tribunales que se describen y resumen en este trabajo, incluyendo muchos que no son de fácil acceso, resultan de interés por otras razones:

- Los resultados sustantivos que han obtenido.
- Su enfoque metodológico, incluyendo los métodos de medición y los indicadores de desempeño.
- Sus resultados teóricos.
- Su utilidad como ejemplo e inspiración para futuras investigaciones.

Si bien el presente estudio está enfocado a los tribunales y su funcionamiento, también se toman en cuenta otras instituciones de la justicia, en la medida que tienen un impacto en dicho funcionamiento, como la llamada resolución alternativa de conflictos (RAC).

Para llevar a cabo esta investigación, se tomaron principalmente en consideración las publicaciones de carácter científico, si bien se utilizaron ocasionalmente otros materiales, tales como documentos e informes oficiales. Todos estos materiales se refieren fundamentalmente a investigaciones realizadas en los Estados Unidos —que es, por mucho, la fuente más productiva de conocimientos sociojurídicos— Europa occidental y América Latina. Los estudios latinoamericanos se han utilizado en la medida de lo posible, considerando el hecho de que estos materiales están más dispersos y que la investigación sociojurídica en esa región no siempre se publica formalmente.

Este estudio no tiene la intención de ser una visión exhaustiva de los estudios existentes. En cambio, su objetivo es examinar las investigaciones que sean relevantes por su contribución al entendimiento de nuestro tema general. Existen otros muchos estudios que también serían de interés, pero los incluidos aquí ayudan a ilustrar suficientemente los principales problemas y los conceptos asociados con la eficiencia judicial, así como también

la complejidad de las cuestiones implicadas. Obviamente, no ha sido posible examinar a profundidad todos y cada uno de los estudios presentados aquí. Resulta importante agregar que muchos de estos estudios no abordan directamente los problemas de la “eficiencia judicial”, ya que su ámbito puede ser muy diferente. Sin embargo, he decidido *leerlos e interpretarlos* desde esa perspectiva. De este modo, un estudio en particular puede ser utilizado para ilustrar varios de los aspectos analizados aquí.

Finalmente, el objetivo general de este estudio limita significativamente el alcance de las conclusiones que puedan obtenerse de él. La diversidad de tradiciones y sistemas jurídicos, de características procesales y sustantivas que afectan la operación de los tribunales, no favorece ciertos tipos de generalización. Más aún, numerosos estudios nos recuerdan constantemente que el funcionamiento de los tribunales se ve afectado por las condiciones locales. En este sentido, por ejemplo, el concepto de “cultura jurídica local” ha sido utilizado para explicar el ritmo de los juicios en los tribunales, enfatizando así que son las relaciones particulares que se establecen entre los actores participantes (jueces, abogados, fiscales) las que determinan en buena medida el funcionamiento de un tribunal. Por tal razón, el lector debería ser capaz de obtener lecciones útiles a partir del trasfondo de un contexto judicial específico.

El estudio pretende ser considerado como estudio *sociojurídico*. Si bien el concepto central que analiza, el de eficiencia, es claramente un concepto económico, el enfoque utilizado es predominantemente sociológico, en la medida que se examina el funcionamiento social de las instituciones jurídicas, es decir, su interés principal radica en determinar de qué modo puede relacionarse el concepto de eficiencia con las distintas dimensiones de un sistema jurídico (incluyendo la ciencia jurídica) y de la operación de los tribunales. En pocas palabras: el estudio explora el *contexto sociojurídico de la racionalidad económica en los sistemas jurídico y judicial*.

En vista de lo anterior, resulta necesario examinar la relación entre sociología y economía respecto del derecho, o más precisamente, la relación entre sociología jurídica y análisis económico del derecho. Ambas disciplinas comparten ciertas características, además de la circunstancia de que el derecho sea su objeto particular de estudio. Esto fomenta un cierto grado de competencia y “rivalidad” entre ambos enfoques. Más aún, algunos representantes del análisis económico del derecho han proclamado abiertamente la superioridad del enfoque económico sobre el sociológico, tanto

en términos de su poder de explicación como en términos del rango y la profundidad de las cuestiones que han analizado las dos disciplinas,¹⁶¹ pero también existen visiones conforme a las cuales los análisis económicos requieren ser corregidos y complementados por explicaciones de carácter sociológico.¹⁶²

Sin el propósito de tomar partido en esta “controversia”, suponemos que, en teoría al menos, la confrontación de ambos enfoques puede dar por resultado un conocimiento más rico sobre el derecho. Sin embargo, la combinación de ambos enfoques quizá no produzca tal enriquecimiento si se intenta lograr al nivel de un común denominador bajo. En ese caso, parece preferible comenzar con un enfoque económico o uno sociológico, para incorporar subsecuentemente los conocimientos provenientes de la otra disciplina.¹⁶³

Como se dijo antes, este estudio tiene sus raíces en el enfoque sociológico. No obstante, además de los conceptos y teorías del análisis económico del derecho, toma en consideración las contribuciones de otras disciplinas, como la psicología social o la sociología de las organizaciones. Sin embargo, sólo el lector puede decir si ha tenido éxito en la producción de conocimiento nuevo o interesante.

2. Tradiciones jurídicas y ramas de la jurisdicción

Los tribunales y los sistemas judiciales son muy diferentes en cuanto a su organización y funcionamiento. Además de las inevitables diferencias locales, existe una distinción básica y general que proviene de su pertenencia a una de las dos grandes tradiciones jurídicas de Occidente: el *common law* y el derecho romanista. La tradición jurídica tiene una importante influencia sobre las características centrales de un sistema judicial, tal como el rol de los jueces y los abogados, los rasgos básicos del procedimiento, la

¹⁶¹ Posner (1995) utiliza explícitamente la perspectiva de derecho y economía para examinar las contribuciones relativas de ambas disciplinas para el estudio del derecho. Otros ensayos publicados en el mismo número de la *European Journal of Law and Economics* comparan los enfoques económico y sociológico en relación con el derecho (por ejemplo, el delito).

¹⁶² Véase Edelman (2004).

¹⁶³ Véase, por ejemplo, Ellickson (1991), y Trubek (1980-1981) sobre el *Civil Litigation Research Project*.

naturaleza de la apelación, la obligatoriedad de las sentencias y los precedentes, etcétera.

Mirjan R. Damaška ha escrito un extraordinario estudio comparativo sobre la función judicial en ambas tradiciones jurídicas.¹⁶⁴ Damaška no sólo identifica y describe las principales diferencias entre ambas tradiciones en este campo, sino que va más allá de ellas para descubrir sus raíces profundas en la organización y la filosofía de la autoridad política.¹⁶⁵ En su opinión, tales diferencias son manifestación de dos ideales básicos de la autoridad: los ideales jerárquico y coordinado.¹⁶⁶ El primer ideal corresponde esencialmente a los sistemas jurídicos de origen europeo continental, mientras que el segundo es típico de la tradición jurídica angloamericana. Si esto es así, existen más diferencias entre ambas tradiciones de las que usualmente saltan a la vista, porque muchas de ellas “se esconden detrás de similitudes superficiales y pueden ser discernidas solamente gracias a una inspección cercana”.¹⁶⁷ En este estudio se tomarán en cuenta tales diferencias y se abordarán explícitamente cuando tengan relevancia particular.

Una consecuencia importante de lo anterior para la reforma judicial sería, por ejemplo, que hay que tener cuidado extremo al recomendar que algunas características o figuras que funcionan satisfactoriamente en una tradición, sean adoptadas por otra, en la que pueden tornarse disfuncionales si el “transplante” no toma en serio el contexto sociojurídico.¹⁶⁸ Otra implicación es que la eficiencia tendrá un significado diferente y ocupará un sitio distinto en las dos tradiciones jurídicas. Lo anterior no quiere decir que las comparaciones no sean útiles como punto de referencia para el análisis y la crítica, a la vez que son fuente de inspiración para el cambio y la reforma.

En términos del análisis puramente científico, las diferencias entre tradiciones jurídicas pueden sugerir la cuestión de si el análisis económico del derecho, surgido y desarrollado en los Estados Unidos, es igualmente

¹⁶⁴ Damaška (1986).

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 8 y ss.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 16 y ss.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 1. Prosigue este autor: “... a veces se proclama la existencia de un consenso sobre puntos en que el acuerdo es meramente un logro retórico. Virtualmente todos los estados apoyan la idea de que los jueces deben ser independientes y de que el acusado debe presumirse inocente hasta que se pruebe lo contrario, pero la unanimidad empieza a resquebrajarse tan pronto uno considera las implicaciones de estas ideas y su significado operativo en la administración de justicia en diversos países”.

¹⁶⁸ Véanse, por ejemplo, Langbein (1985) y la respuesta de Gross (1987).

aplicable a los sistemas jurídicos romanistas. Las dificultades que la recepción de este tipo de análisis ha encontrado en Europa continental y otros países de tradición romanista pudieran apuntar en dirección a una respuesta negativa.¹⁶⁹ Sin embargo, tales dificultades parecen ser más de carácter (jurídico) cultural, es decir, relacionadas con los modos en los cuales se aprende, se interpreta y se concibe el derecho, que de naturaleza estrictamente teórica. Desde un punto de vista *teórico* general no existe ningún obstáculo para la utilización científica de las herramientas de la economía en el análisis del derecho. Una cuestión enteramente distinta es la que se refiere al modo apropiado de hacerlo tratándose de un sistema jurídico particular y de sus métodos específicos de funcionamiento, y otra más tiene que ver con el alcance y la validez de las conclusiones que puedan obtenerse de tal estudio.¹⁷⁰

Esta última consideración se ve confirmada y reforzada si se adopta una perspectiva más amplia sobre el papel de los tribunales en los sistemas jurídicos modernos, pues entonces queda claro que las diferencias entre las tradiciones jurídicas no deben exagerarse innecesariamente. No debemos perder de vista el hecho de que los derechos romanistas y el *common law* comparten profundas raíces históricas y filosóficas que permiten hablar de una sola tradición jurídica *occidental*. Ambas tradiciones jurídicas comparten, por ejemplo, la idea de que el derecho constituye un sistema o cuerpo racional e integrado de reglas o normas jurídicas, cuyas instituciones están separadas de otras instituciones sociales y que son administradas por un grupo especialmente entrenado de profesionales.¹⁷¹ Por otro lado, las

¹⁶⁹ Véase Pardolesi (1990).

¹⁷⁰ Este problema es examinado con algún detalle por Cossío Díaz (1997, pp. 263 y ss.), quien propone la misma conclusión general. Con el fin de explorar las funciones teóricas y las posibilidades explicativas del análisis económico en el contexto de un sistema romanista, como el mexicano, primeramente repasa los orígenes y el desarrollo del análisis económico del derecho en los Estados Unidos. Considera al respecto que el análisis económico puede ser una herramienta útil para la interpretación instrumental de las reglas jurídicas y para la política jurídica en general (lo que denomina el “contexto de posibilidad” del análisis económico). Sin embargo, la probabilidad (el “contexto de probabilidad”) de que esto ocurra varía, dependiendo del tipo de operación jurídica de que se trate. Esta probabilidad puede ser mayor para la legislación, dependiendo de la dinámica general de los sistemas jurídicos y las concepciones abstractas sobre la legislación que prevalezcan, mientras que la aplicación de las reglas jurídicas parece estar más afectada por factores de cultura jurídica (pp. 353 y ss.).

¹⁷¹ Berman (1983).

demandas que una sociedad compleja y tecnológicamente sofisticada plantea a las instituciones jurídicas, especialmente ahora que la globalización tiende a remover todas las barreras a la comunicación, promueve procesos de homogeneización y convergencia entre las tradiciones jurídicas y judiciales. De hecho, tales procesos se han hecho visibles desde hace algún tiempo en relación con la administración de justicia, y los mencionaremos en su oportunidad, a la vez que enfatizamos su importancia.¹⁷²

Otra distinción importante que también debe tomarse en cuenta es la que existe entre la justicia civil, en sentido amplio, y la justicia penal. Ambas ramas de la jurisdicción presentan diferencias significativas en cuanto a organización y procedimiento. Por ejemplo, en el sistema de justicia penal, además del juez y las partes, hay otros actores, como la policía y el fiscal o ministerio público, que desempeñan un papel clave en el funcionamiento de los tribunales y que influyen en la resolución de los asuntos. Esta circunstancia, y la naturaleza de los intereses públicos y privados implicados en los procedimientos penales, parecen darle a la eficiencia una relevancia más urgente que en la justicia civil. En efecto, la sociedad demanda el castigo rápido y cierto de los delitos, mientras que las personas acusadas tienen también interés en que los procedimientos sean expeditos, a fin de evitar las consecuencias desfavorables que derivan de la acusación, como la prisión preventiva.

Sin embargo, esta relevancia mayor de la eficiencia se ve aparentemente contrapesada por un interés más fuerte en las cuestiones de justicia y debido proceso en los asuntos penales. Es aquí donde se hace más visible y convincente la presunta relación inversa (*trade-off*) entre justicia y eficiencia que la literatura científica examina con frecuencia. Pero aparte de esta consideración particular, los estudios empíricos sobre los tribunales civiles y penales se utilizarán indistintamente para ilustrar algunas de las principales cuestiones que se examinan a lo largo del estudio.

¹⁷² *Idem.* Berman señala que las características de la tradición jurídica occidental se encuentran en estado de crisis, precisamente en momentos en que tal tradición ha logrado un alcance y una influencia extraordinarios, casi universales.