

CAPÍTULO SEGUNDO  
JUSTICIA Y EFICIENCIA EN EL LITIGIO JUDICIAL

I. El litigio judicial desde las perspectivas económica y sociojurídica . . . . .	49
1. La eficiencia de las resoluciones judiciales . . . . .	53
2. La eficiencia en el litigio y el arreglo de los conflictos: un modelo económico. . . . .	66
3. El litigio desde la perspectiva sociojurídica. . . . .	75
II. Derecho, economía y sociología . . . . .	86
1. La SD y el AED como disciplinas autónomas . . . . .	88
2. El sistema jurídico y la racionalidad económica . . . . .	100

## CAPÍTULO SEGUNDO

### JUSTICIA Y EFICIENCIA EN EL LITIGIO JUDICIAL

#### I. EL LITIGIO JUDICIAL DESDE LAS PERSPECTIVAS ECONÓMICA Y SOCIOJURÍDICA

Como sucede con otros campos del derecho, los estudiosos han aplicado las herramientas del análisis económico a los juicios civiles y penales, y paulatinamente han desarrollado un modelo económico de los procesos judiciales.<sup>173</sup> En términos generales, este modelo se ocupa de los costos y los beneficios que influyen en las decisiones de los litigantes y otros actores, como por ejemplo, la decisión de ir a juicio o de arreglarse (o de aceptar una negociación de la pena), los montos que las partes están dispuestas a invertir en el litigio, la decisión de apelar, etcétera. El modelo ha inducido y ha ido acompañado de una variedad de esfuerzos para probar empíricamente sus hipótesis e implicaciones.

El punto de partida del análisis económico del litigio judicial es la hipótesis de que “las reglas y otras características del sistema procesal pueden analizarse como esfuerzos por *maximizar* la eficiencia”.<sup>174</sup> Sin embargo, desde un punto de vista *operativo*, la eficiencia se logra a través de la *minimización* de la *suma* de dos tipos de *costos*:<sup>175</sup>

<sup>173</sup> Véase Landes (1971), Posner (1973) y Rhodes (1976). Véase también Forte, en Forte y Bondonio (1970) respecto a un examen general de los costos y ganancias implicados en el funcionamiento del sistema jurídico, así como de los aspectos particulares a tomar en cuenta en un enfoque económico.

<sup>174</sup> Posner (1973, p. 400).

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 399. Forte, en Forte y Bondonio (1970, p. 11) propone una posible explicación de por qué la *maximización* de la eficiencia requiere, en aparente contradicción, la *minimización* de ciertos costos: “Si el criterio de justicia ha sido fijado [es decir, la aplicación más exacta posible del derecho sustantivo], el proceso de maximización en la elaboración de los códigos procesales no puede seguir los criterios tradicionales de la comparación de una unidad de costo adicional y una unidad adicional de producción, sino que tiene que desarrollarse solamente como minimización de costos, suponiendo que

- *Costos por error* (CE), es decir, “los costos sociales que se generan cuando un sistema judicial no logra realizar las funciones sociales de asignación u otras que se le han encomendado”, y<sup>176</sup>
- *Costos directos* (CD), es decir, los “costos que derivan del funcionamiento de la maquinaria de resolución de conflictos” (como el tiempo de los abogados, jueces y litigantes).<sup>177</sup>

En general, puede asumirse la existencia de una relación inversa o *trade-off* entre ambos tipos de costos. Así, por ejemplo, los costos directos o procesales pueden elevarse para tratar de reducir los costos por error, pero la ganancia marginal se irá reduciendo progresivamente, pudiéndose llegar al punto en que aquéllos sean excesivos (ineficientes) respecto del beneficio obtenido en términos de reducción del error. Por tanto, en el punto eficiente, esto es, el que se minimiza la suma de ambos tipos de costos, siempre habrá algún nivel de error.<sup>178</sup> Ésta es, entre otras, una razón para instalar un sistema de revisión selectiva de las resoluciones judiciales (apelación).<sup>179</sup>

el producto que ha de obtener es fijo”. Dicho en otras palabras: si el producto de la aplicación de los códigos procesales es la “justicia”, entonces la eficiencia solamente puede maximizarse dentro de los márgenes marcados por las consideraciones de justicia.

<sup>176</sup> Un enfoque interesado no sólo en minimizar los costos utilitarios, sino en tomar en cuenta otros valores dentro del procedimiento (como el respeto a los derechos) puede distinguir entre costos “económicos” y costos “morales” dentro de la categoría de los costos por error. El enfoque del costo moral no diferiría mucho del enfoque económico, porque se puede usar también un valor monetario para comparar ambos tipos de costos. Por ejemplo, los costos morales pueden ser valuados de modo indirecto: su valor monetario sería entonces el monto que uno está dispuesto a pagar para evitar esa clase de costo. Véase Bayles (1990, pp. 120 y ss., 125).

<sup>177</sup> Miller los llama “costos procesales” (“costs of procedure”) (1997, pp. 905 y ss.). Obviamente, cualquier costo directo o procesal en este sentido es también un *costo de oportunidad*, es decir, un costo que deriva de los usos alternativos a los que *no* fueron aplicados los recursos.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 907.

<sup>179</sup> Véase el capítulo tercero, II.3.

Así, pues, los CE y CD están relacionados entre sí,<sup>180</sup> y en ocasiones interactúan de un modo complejo,<sup>181</sup> lo que significa que es difícil predecir *a priori* el efecto global de introducir cambios en las variables relevantes.<sup>182</sup> La minimización ya sea de CE o de CD sin tomar en cuenta su interacción puede producir resultados globales inesperados o desfavorables. Tomemos, por ejemplo, el problema de la dilación, considerado como mal universal y, aparentemente, sin remedio.<sup>183</sup> A pesar de esa visión negativa, la dilación es fuente tanto de errores como de beneficios, pues por un lado incrementa la probabilidad de una resolución errónea (por ejemplo, porque las pruebas se deterioran con el tiempo), pero, por el otro, también puede incrementar el número de controversias que se arreglan mediante transacción, ahorrando recursos al sistema judicial.<sup>184</sup> Así vista, la reducción de la dilación (por ejemplo, a través de una reforma procesal que facilite la admisión de pruebas o que incremente el número de jueces) puede verse anulada por una tasa menor de transacciones y un aumento en el número de juicios.<sup>185</sup> Nótese que sin haber introducido ninguna consideración sobre las consecuencias de la reducción de la dilación en la evaluación del procedimiento como justo o injusto (es común, por ejemplo, alegar que tal reducción afecta las oportunidades procesales del acusado en un juicio penal), el *enfoque económico mismo* excluye la idea de que hay medidas simples y

<sup>180</sup> Esta relación ya se encuentra anunciada en la fórmula que propone la minimización de la *suma* de CE y CD, más que la minimización de cada categoría de manera independiente. Una definición alternativa (Cooter y Rubinfeld, 1990, p. 537) señala que una controversia jurídica se resuelve eficientemente “cuando los derechos son asignados a las partes que más los valoran, las responsabilidades a las que pueden soportarlas a un menor costo, y se minimizan los costos de transacción derivados de la resolución de la controversia” (énfasis añadido).

<sup>181</sup> Posner (1973, p. 441) resume esta relación mediante una función de pérdida con tres términos: a) CE (que es una función de la probabilidad de error, que a su vez es una función de la fracción de casos litigados frente a los arreglados, los gastos privados en el litigio y el monto de gasto público); b) la suma de todos los gastos públicos y privados en los casos litigados (igual al total de esos gastos en todos los casos multiplicado por la fracción de casos litigados); y c) los gastos privados totales en los casos que terminan por convenio (igual al total de gastos privados en todos los casos multiplicado por la fracción de casos arreglados y multiplicado por el costo fraccional de arreglarse en lugar de ir a juicio).

<sup>182</sup> *Ibidem*, pp. 441 y ss.

<sup>183</sup> *Ibidem*, pp. 445 y ss. Posner ofrece otros ejemplos de la interacción de CE y CD, como el procedimiento de exhibición (*discovery*), el jurado, *res judicata*, etcétera.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 446.

<sup>185</sup> *Ibidem*, pp. 447 y ss.

unilaterales para incrementar la eficiencia. Por tanto, puede concluirse que la sola minimización de la dilación no es una fórmula adecuada para lograr el objetivo de la reforma judicial y que este problema debe definirse dentro del marco más amplio de la minimización de la suma de CE y CD, según se ha dicho.<sup>186</sup>

Las posibles consecuencias negativas de las medidas parciales para incrementar la eficiencia han sido analizadas en términos de la relación inversa (*trade-off*) entre “justicia” (o “equidad”) y “eficiencia”. Dicha relación resulta intuitivamente plausible,<sup>187</sup> aunque viene a ser más compleja y diferenciada de lo que inicialmente propone la intuición. La complejidad deriva, primeramente, de los distintos niveles en la operación de la administración de justicia que hay que tomar en cuenta; en segundo lugar, de la relevancia que pueda tener el concepto particular de eficiencia que se esté utilizando; y tercero, del sistema de referencia en cuestión (el derecho, la economía, la política, o la ciencia). Sin embargo, no se trata sólo de una cuestión teórica o abstracta, sino que tiene significativas implicaciones tanto para la investigación empírica como para la formulación de políticas públicas.

Los apartados siguientes intentarán desarrollar, en dos niveles, las principales hipótesis e implicaciones del Análisis Económico del Derecho (en adelante AED), o al menos de sus versiones más conocidas, respecto de la función judicial: 1) las *decisiones judiciales*, y 2) la *conducta litigiosa*. Hay que recordar que el AED pretende ofrecer a la vez una explicación descriptiva (positiva) del derecho y las instituciones sociales y un criterio para su evaluación (enfoque normativo), y ambas perspectivas no siempre se distinguen con facilidad.<sup>188</sup>

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 448.

<sup>187</sup> La relación inversa resulta intuitivamente plausible por la sencilla razón de que las partes de un procedimiento judicial tienen intereses contradictorios y también porque la utilidad privada y la social tienden a divergir. Se vuelve más plausible cuando está implicada una cuestión de derechos humanos o fundamentales. Tales derechos tienen un efecto tal que sujeta a cualquier otro valor a una presión mayor para justificarse. Véase, por ejemplo, Smith (1995, pp. 69 y ss., 79), que critica a la Suprema Corte de los Estados Unidos por su política de incrementar la eficiencia de los tribunales federales a expensas de una revisión accesible y cuidadosa de las condenas a los delincuentes (convenientemente ejemplificadas por los casos de pena capital). *Cfr.* también las controversias desatadas por las propuestas de eficiencia hechas por la Comisión Real británica sobre la Justicia Penal (Field y Thomas, 1994).

<sup>188</sup> Sobre la distinción entre las perspectivas positiva y normativa del AED y su relevancia para la ciencia jurídica, véase Posner (1990, pp. 353-392, 362 y ss.).

El enfoque económico será objeto de comparación con perspectivas teóricas y empíricas alternativas (la investigación sociojurídica, principalmente), en especial por lo que respecta al sitio que corresponde a las consideraciones de eficiencia (por ejemplo, bajo la forma del arreglo extrajudicial, la negociación de penas o los llamados medios alternativos) en la operación de las instituciones judiciales. La expectativa es que dicha comparación ofrecerá un mejor cuadro de las cuestiones implicadas, a la vez que producirá elementos que permitan aclarar la relación entre los enfoques económico y sociológico en relación con el derecho y las instituciones jurídicas.

### 1. *La eficiencia de las resoluciones judiciales*

Contrariamente a una percepción muy difundida, el AED no es un movimiento homogéneo.<sup>189</sup> Varias perspectivas teóricas y metodológicas coexisten bajo la misma etiqueta.<sup>190</sup> Sin embargo, todos sus proponentes comparten en gran medida la convicción de que la teoría microeconómica sirve como herramienta eficaz para analizar, explicar e incluso predecir el modo como las personas se comportan cuando están sometidas a las normas jurídicas.<sup>191</sup> Esta convicción se basa en la suposición de que los individuos son maximizadores racionales en todas sus actividades y no sólo en los intercambios económicos, y de que son capaces de responder a los incentivos incorporados en las normas jurídicas.<sup>192</sup> Por su parte, esto afirma implícitamente una visión instrumental del derecho, según la cual es fun-

<sup>189</sup> Una percepción común, no injustificada del todo, identifica al AED con la escuela de pensamiento económico de la Universidad de Chicago y con posiciones políticas conservadoras, hostiles a la intervención y la regulación económicas del Estado. El representante más prominente y prolífico de la escuela de derecho y economía de Chicago es Richard A. Posner, profesor de la Universidad de Chicago y juez federal de apelación. Chiassoni (1992, 152 n. p. 57).

<sup>190</sup> Véase, por ejemplo, la excelente reseña de Johnston (1990), que puede servir también como introducción a los problemas centrales del AED, así como Mercado Pacheco (1994, pp. 58 y ss.) y Chiassoni (1992, pp. 113 y ss.).

<sup>191</sup> Véase Kornhauser (1986, pp. 237 y ss.) y Cooter y Ulen (1988).

<sup>192</sup> Véase Korobkin y Ulen (2000, p. 1054). Hay algún debate respecto al carácter científico de estas hipótesis. Para algunos proponentes del AED no tienen que corresponder a fenómenos comprobables, por lo que su verdad radica más bien en su potencial de explicación y predicción. Para otros, no pueden ser separadas por completo de la realidad. Véase Johnston (1990, pp. 1129 y ss.).

ción del análisis económico mostrar y modelar las diversas consecuencias que derivan de las distintas normas en vista de un objetivo social determinado.<sup>193</sup> Una concepción instrumental del AED como una especie de ciencia de las políticas del derecho comparte varias características con otras escuelas del pensamiento jurídico, especialmente en los Estados Unidos,<sup>194</sup> y ello nos ofrecerá varios puntos de referencia para comparar el enfoque económico con la perspectiva socio-jurídica, en conexión con los problemas de política jurídica.

Aquí examinaremos dos teorías del AED respecto a la relevancia económica (la eficiencia) del derecho de creación judicial:<sup>195</sup>

- Una *teoría descriptiva*, es decir, la explicación de por qué el *common law* (el derecho de creación judicial) *es* eficiente o *tiende* a la eficiencia, y
- Una *teoría normativa*, esto es, las razones de por qué los jueces deben buscar la eficiencia como objetivo en sus decisiones.

Como ya se dijo, no siempre es fácil distinguir entre las dimensiones descriptiva y normativa del AED, según se pondrá en evidencia en el análisis que sigue, donde hay una afirmación normativa implícita en una explicación funcional. Sin embargo, una dimensión normativa independiente gira en torno a las cuestiones de si la justicia debe prevalecer, en forma total o parcial, sobre las consideraciones de eficiencia, y de si la eficiencia es, en absoluto, un criterio apropiado para evaluar al derecho. Abordaremos el enfoque normativo de nueva cuenta más adelante, cuando expliquemos con más detalle la relación entre eficiencia y justicia.

#### A. ¿Por qué es eficiente el *common law*?

Algunos proponentes del AED sostienen firmemente que el *common law*, es decir, las normas de derecho privado (por ejemplo, relativas a la responsabilidad civil o a los bienes inmuebles) que han desarrollado los jueces (angloamericanos) se ajustan en gran medida a los dictados de la

<sup>193</sup> Kornhauser (1986, p. 238).

<sup>194</sup> Algunas versiones del AED muestran fuertes paralelos con las concepciones formalista y realista del razonamiento jurídico. Véanse Johnston (1990, pp. 1221 y ss.), Chiassoni (1992, pp. 275 y ss.) y Mercado Pacheco (1994, pp. 181 y ss.).

<sup>195</sup> Ambas afirmaciones son fuertemente sostenidas y defendidas por Posner (1990).

eficiencia económica, así como a las necesidades de un sistema de mercado. Estos proponentes no afirman que los jueces hayan perseguido conscientemente el objetivo de la eficiencia, sino simplemente que los resultados de las decisiones judiciales, cualesquiera que sean las doctrinas y justificaciones en que se apoyan, han tendido a ser compatibles con la eficiencia económica.<sup>196</sup>

Independientemente de la verdad o del contenido empírico de tales afirmaciones, esta teoría funcional parece ser, en el mejor de los casos, una reformulación de ideas antiguas y respetables,<sup>197</sup> y en el peor, tautológica y trivial.<sup>198</sup> También parece tener un fuerte valor polémico, y justamente aquí radica su actitud normativa implícita, al menos en dos sentidos:

- Pretende convertirse en el nuevo lenguaje del análisis jurídico, al transformar, o inclusive sustituir, el lenguaje en el que se expresa y se justifica habitualmente la doctrina jurídica,<sup>199</sup> y
- Se propone reducir al mínimo las intervenciones judiciales y legislativas (“redistribución”) en el derecho vigente.

En relación con el primer punto, la posibilidad de adoptar las herramientas económicas para analizar y resolver problemas jurídicos tiene una afinidad evidente con la ponderación de intereses y las políticas públicas que defienden las doctrinas jurídicas modernas de orientación utilita-

<sup>196</sup> “Es como si los jueces quisieran adoptar reglas, procedimientos, y resultados que maximicen el bienestar de la sociedad”. Posner (1990, p. 356).

<sup>197</sup> Por lo pronto, nos recuerda las investigaciones weberianas sobre los vínculos entre el derecho y el capitalismo moderno. Obviamente, el derecho moderno debe ser funcional para el capitalismo en un sentido general (los marxistas sostienen otro tanto). El problema consiste más bien en determinar cómo y por qué sucede esto, así como las consecuencias que se derivan de tal determinación para el derecho y para la economía. Si no pretende mantenerse en un nivel superficial o trivial, la explicación funcional tiene que tomar problemas ya resueltos por la sociedad como un punto de partida, a fin de mostrar otras posibilidades y permitir las comparaciones. Véase al respecto Luhmann (1984, pp. 83 y ss.). Un examen crítico de la relación entre capitalismo y orden jurídico que se basa en normas generales claras y los modos relativamente formalistas de las decisiones jurídicas es el de Scheurman (1999).

<sup>198</sup> Johnston (1990, p. 1233) señala que “*se puede mostrar que cualquier regla es eficiente dadas las suposiciones adecuadas del modelo*” (énfasis en el original), y ello es una consecuencia directa y fundamental del Teorema de Coase.

<sup>199</sup> *Ibidem*, pp. 1224 y ss. Mercado Pacheco (1994, pp. 200 y ss., 211 y ss.) habla del AED como de una nueva forma de retórica jurídica.

rista y que los jueces aplican con frecuencia.<sup>200</sup> La adopción de esas herramientas tiene el propósito de hacer a la doctrina jurídica más precisa, simple y científica. Al mismo tiempo, si los jueces y los abogados la adoptaran, la perspectiva económica podría convertirse en una teoría para la predicción de resultados individuales en casos concretos,<sup>201</sup> en una explicación que se hace realidad a sí misma, por así decirlo. No obstante, la elaboración de modelos económicos sobre las normas jurídicas es capaz también de descubrir nuevos problemas y de llamar la atención, en una forma sistemática y controlada, sobre las distintas implicaciones, incluso de naturaleza contraintuitiva, de un buen número de soluciones jurídicas.

El segundo punto deriva evidentemente de una simpatía por las soluciones de mercado, así como de una profunda desconfianza hacia los esfuerzos del Estado, incluyendo los de los jueces, a favor de la redistribución de la riqueza. Claramente se promueve una división del trabajo en la que el poder legislativo se puede “concentrar en satisfacer las demandas de los grupos de interés respecto a la distribución de la riqueza, y la rama judicial en satisfacer la demanda social amplia de reglas eficientes que rijan la seguridad, la propiedad y las transacciones”.<sup>202</sup> En otras palabras, se diría que el *common law* es eficiente casi *per se* en estas materias, siendo superior en este sentido al derecho legislado. Así, cuando se le pide resolver una controversia jurídica, el juez tiene que obedecer la lógica económica incorporada ya en las reglas vigentes, o si tales reglas no existen o se concluye que no son eficientes, entonces debe imitar la solución que habría adoptado el mercado.

Como puede verse, la anterior proposición deriva del llamado Teorema de Coase. En efecto, en su archifamoso ensayo “*The Problem of Social Cost*”,<sup>203</sup> Ronald H. Coase —más tarde galardonado con el Premio Nobel de Economía— había tratado de demostrar que la intervención estatal en el caso de una falla del mercado no era necesaria automáticamente si los costos de transacción permitían el intercambio eficiente de los derechos de propiedad. En consecuencia, al resolver un conflicto, los tribunales deberían preferir la solución a la que las partes mismas habrían llegado a través

<sup>200</sup> Johnston (1990, p. 1224).

<sup>201</sup> *Ibidem*, pp. 1226 y ss. Otro tópico relacionado es el de la importancia de la formación económica de los jueces, o la carencia de la misma, para la solución de conflictos jurídicos que tengan consecuencias económicas. Véase Raiteri (1991).

<sup>202</sup> Posner (1990, p. 361).

<sup>203</sup> Coase (1988, pp. 95-156).

del intercambio voluntario si los costos de transacción no lo hubieran impedido.

Sin duda, la noción de que el derecho de creación judicial es eficiente casi de manera automática, y por tanto, superior al derecho legislado,<sup>204</sup> resulta altamente debatible. Igualmente sencillo sería argumentar que las ineficiencias inherentes al proceso de decisión del *common-law* son las que han contribuido a la codificación del derecho angloamericano.<sup>205</sup> Por ello, la tesis de que las normas del *common law* son más eficientes que las del derecho legislado, así como el postulado del deseable predominio de la lógica del mercado en las resoluciones judiciales, deberían ceder ante la aplicación de criterios verdaderamente comparativos en el desempeño de estas tres instituciones, es decir, el mercado, la legislación y los tribunales. De hecho, es poco razonable decir que los tribunales, el proceso político o el mercado son mejores en el logro de un cierto objetivo social, tal como la eficiencia, si solamente se toma en cuenta a uno de ellos.<sup>206</sup> La verdad es que de un objetivo social no se puede derivar ninguna política o medida si no se examinan primero las ventajas relativas de todas esas instituciones para la consecución de ese objetivo en particular.<sup>207</sup>

Los proponentes del análisis económico del derecho creen que sus ideas derivan de la importancia del objetivo social de la asignación eficiente de recursos. Pero la eficiencia en la asignación de recursos está conectada con el derecho y las políticas públicas a través de la elección institucional, y sus implicaciones para ellos solamente pueden advertirse a través del análisis institucional comparado.<sup>208</sup>

<sup>204</sup> Este punto tiene otra interesante implicación que no podemos desarrollar aquí: la superioridad económica de la tradición del *common law* sobre la tradición romanista (por ejemplo, a través de su capacidad de innovación jurídica en relación con el desarrollo económico). En todo caso, la convergencia de ambas tradiciones jurídicas en el transcurso del último siglo dificulta cualquier clase de afirmación tajante al respecto, aunque el debate sigue abierto. Véanse las agudas reflexiones de Ferrarese (2000, pp. 159 y ss.) sobre la afinidad de algunas características de la tradición jurídica angloamericana (como la oralidad) con el derecho comercial global.

<sup>205</sup> Véase *Yale Law Journal* (1983, p. 863).

<sup>206</sup> Komesar (1994, pp. 28, 133).

<sup>207</sup> *Ibidem*, pp. 3 y ss.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 10. Tal análisis comparativo seguiría el espíritu de Coase, quien trató de mostrar la naturaleza incompleta del análisis económico que apunta a las imperfecciones del mercado como una condición suficiente para la intervención estatal (p. 29).

Por estas razones es que Neil K. Komesar ha intentado desarrollar un modelo del *desempeño comparativo* del mercado, el proceso político y la función judicial, para aplicarlo a ejemplos específicos de política pública.<sup>209</sup> Se trata de un sencillo modelo económico de la participación institucional (“enfoco centrado en la participación”). En el modelo, la interacción entre los beneficios (distribución de intereses o “apuestas”) y los costos de participar determinan la naturaleza de la participación institucional.<sup>210</sup> Desafortunadamente, el análisis se complica por el hecho de que las tres no son meramente complementarias, sino que su desempeño mejora o disminuye en forma paralela.<sup>211</sup>

En el ámbito judicial, la participación asume una forma binaria (actor-demandado) y, en relación con ésta, se examinan tres posibles distribuciones de los intereses o “apuestas” (*stakes*): la distribución alta uniforme, la baja uniforme, y la “sesgada” (*skewed distribution*).<sup>212</sup> Las tres distribuciones afectan la probabilidad de que se acuda a los tribunales en los siguientes términos:<sup>213</sup>

- Los *intereses bajos uniformes* hacen muy improbable el litigio, particularmente si se toma en cuenta que los costos de acceso a los tribunales tienen un umbral más elevado.
- Los *intereses altos uniformes* facilitan el acceso a los tribunales, pero el litigio no se vuelve necesariamente más probable, si se considera que las tres instituciones funcionan mejor en forma paralela.
- La *distribución sesgada* se ve afectada por la disponibilidad de acciones de grupo (*class actions*) y hace más probable el litigio hasta el punto donde la dispersión de las partes, especialmente de los demandantes, incrementa los costos del acceso.

No obstante lo anterior, en opinión de Komesar, la *ventaja comparativa* del proceso judicial radica en una “distribución desplazada” (*shifted distribution*), la cual se produce cuando una distribución baja *ex ante* se convierte en una distribución alta uniforme *ex post*, como ocurre, por ejemplo, en

<sup>209</sup> *Idem.*

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>212</sup> *Ibidem*, pp. 128 y ss. La misma forma binaria de participación (mayoría/minoría) y la misma distribución de intereses son características de la política.

<sup>213</sup> *Idem.*

los accidentes. Antes de que se produzca un accidente, un número alto de víctimas potenciales enfrenta una baja probabilidad de sufrir un daño. Sin embargo, la ocurrencia real del accidente implica usualmente una pérdida significativa (interés alto) para un pequeño número de víctimas.<sup>214</sup>

También se produce un desplazamiento en ciertos tipos de procesos de decisión pública que se traducen en leyes y medidas administrativas.<sup>215</sup> Al formarse una mayoría y una minoría, la decisión tiene el efecto de desplazar los intereses. Por lo general, es una minoría concentrada la que impugna (judicialmente) esa decisión frente al Estado, el cual concentra los intereses de la mayoría. El recurso a los tribunales resulta menos probable en la dirección contraria, es decir, una mayoría contra una minoría concentrada. Sin embargo, en ambos casos, el litigio puede contrapesar y resolver las disfunciones del proceso político. Los costos de umbral más elevados, la escala limitada y la independencia estructural de los tribunales aíslan a los jueces y los jurados. Esto le da al proceso judicial una ventaja en la corrección de los sesgos de la mayoría o la minoría, pero también puede impedir a los tribunales decidir una cuestión social particular o conjuntos amplios de cuestiones sociales.<sup>216</sup>

En este punto resulta importante recordar que la competencia y la escala de los tribunales afectan su desempeño institucional cuando interactúan con los intereses y costos de los participantes.<sup>217</sup> Así, las ventajas comparativas de que disfruta la función judicial cuando se producen distribuciones desplazadas pueden resultar menores en el contexto de cuestiones sustantivas que sobrecargan gravemente la capacidad de los jueces y los jurados o que requieren una fuerte asignación de recursos escasos, puesto que hay límites definidos a la posibilidad de incrementar los recursos que afectan la competencia y la escala de los tribunales.<sup>218</sup>

<sup>214</sup> *Ibidem*, pp. 134 y ss. Un daño no siempre va acompañado de un desplazamiento. Esto es cierto, por ejemplo, tratándose de la contaminación del agua o del aire (p. 136).

<sup>215</sup> *Ibidem*, pp. 136 y ss.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>217</sup> *Ibidem*, pp. 138 y ss. La “competencia” se define como la capacidad de los jurados y los juzgadores para investigar, comprender y tomar decisiones sociales sustantivas. La “escala” se refiere a los recursos a disposición de los tribunales y las restricciones a la ampliación de las dimensiones del ámbito judicial.

<sup>218</sup> Por esta razón, los tribunales acuden habitualmente a una variedad de métodos para reducir el exceso de demanda. Véase *ibidem*, pp. 146 y ss.

La reseña relativamente detallada del modelo del desempeño institucional de Komesar resultaba necesaria para matizar y poner en contexto la afirmación simplista de que el derecho de creación judicial es más eficiente que el legislado. Si bien puede coincidir con tal afirmación en algunos sentidos (por ejemplo, en cuanto a la ventaja de los tribunales en los campos de la responsabilidad civil o de la protección de los derechos de propiedad), el modelo permite explicar también el fenómeno de los litigios de derecho público, especialmente en la materia constitucional (lo que es una característica central y ampliamente difundida de la vida política moderna en muchas partes del mundo), así como las ventajas y limitaciones generales de las soluciones judiciales. En segundo lugar, el modelo plantea un marco general para el análisis de las instituciones políticas y jurídicas en la sociedad moderna, no sólo las de la tradición angloamericana. Por último, el modelo resulta interesante en cuanto establece una liga entre la eficiencia relativa de las decisiones judiciales y los recursos asignados a la maquinaria judicial.<sup>219</sup>

Así, pues, cualesquiera que sean sus fallas o méritos, la explicación funcional parece estar incompleta, ya que todavía no logra dar cuenta de *cómo* se seleccionan las normas jurídicas eficientes dentro del proceso judicial por encima de las normas ineficientes o poco eficientes. Algunos estudiosos del AED han intentado responder a esta cuestión.<sup>220</sup> En esencia, nos ofrecen una explicación de “mano invisible”. Sostienen que el *common law* tiende a la eficiencia *en el largo plazo*, ya que los resultados judiciales ineficientes inducen más al litigio que los eficientes. Las normas ineficientes son impugnadas y relitigadas con mayor frecuencia, hasta que son reemplazadas por normas eficientes. Por su parte, esta tesis puede vincularse a una teoría del equilibrio en los precedentes judiciales,<sup>221</sup> según la cual, la existencia de precedentes abundantes, recientes e informativos en un campo del derecho desincentiva el recurso los tribunales y promueve el arreglo extrajudicial de los conflictos. Sin embargo, el valor informativo de los precedentes decae con el tiempo, lo cual significa que los litigios se incrementarán nuevamente para producir más precedentes, los cuales, por su lado, provocarán una reducción en la tasa litigiosa.

Esta teoría ha sido objeto de diversas críticas. Por ejemplo, se ha señalado que aun cuando el valor de sustituir las disposiciones ineficientes exce-

219 Esto puede verse como reformulación de la relación entre CE y CD.

220 Véase Kornhauser (1986, pp. 244 y ss.), Cooter y Ulen (1988, pp. 492 y ss.).

221 Posner (1990, pp. 358 y ss.).

da el valor de hacerlo con las que son eficientes, la parte que valore más la asignación, es decir, el resultado eficiente, tiene que gastar más en el litigio, tanto intensiva como extensivamente. Así, el sesgo hacia la eficiencia social puede verse anulado por la inclinación de las partes actores a impugnar las disposiciones solamente cuando logran capturar una buena parte del valor del precedente, sin considerar los costos sociales que la permanencia de una disposición ineficiente impone a las demás partes.<sup>222</sup>

Bajo el supuesto de que ambas partes tengan un interés futuro igual en el litigio, otros estudiosos han sostenido que más bien es de esperarse un mayor recurso a los tribunales en las áreas en las que ya existe una tendencia a la eficiencia. Esa tendencia “se verá todavía más reforzada por los litigios que creen precedentes adicionales”, mientras que las áreas dominadas “por reglas ineficientes tenderán a volverse latentes en términos de actividad litigiosa”.<sup>223</sup>

Siguiendo la misma línea de razonamiento —es decir, bajo la suposición de que los litigantes tienen un interés futuro en el resultado de los litigios— la explicación de mano invisible puede conducir a los intereses muy visibles de los abogados. Basándose en un estudio de la evolución del derecho de la responsabilidad por el producto, Paul H. Rubin y Martin J. Bailey han desarrollado un modelo que toma también en cuenta el interés (financiero) de los abogados.<sup>224</sup> De acuerdo con este modelo, no sólo el derecho “viene a favorecer a la clase más concentrada de las partes que tienen un interés en él”, sino que “el mismo proceso del litigio que lleva al derecho a favorecer a las partes concentradas favorece también a los abogados, al menos en algunas ramas jurídicas”.<sup>225</sup> En consecuencia, la teoría predice cómo será el comportamiento de los abogados y el impacto de este comportamiento en el derecho.

Rubin y Bailey reúnen alguna evidencia que apoya sus predicciones. Así, por ejemplo, muestran cómo los abogados se han organizado como grupo de interés que ha estado contribuyendo a dar al derecho su forma actual, cómo los cambios en el derecho que favorecen a los abogados han provocado una mayor demanda de sus servicios, así como ganancias ma-

<sup>222</sup> Véanse Cooter y Ulen (1988, pp. 495 y ss.) y Kornhauser (1986, pp. 245 y ss.).

<sup>223</sup> Landes y Posner (1979, p. 261). Cuando el interés es asimétrico, se debilita bastante la conclusión de que habrá pocos litigios en las áreas del derecho dominadas por las normas ineficientes.

<sup>224</sup> Rubin y Bailey (1994).

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 807.

yores (superiores al equilibrio), o bien, la medida en que la menor consideración que los tribunales han otorgado a los acuerdos privados se ha traducido en una mayor incertidumbre y falta de predictibilidad (ineficiencia) del derecho.<sup>226</sup>

Todas estas reflexiones sugieren que aún si el *common law* (derecho de creación judicial) tiende a la eficiencia con el tiempo, no lo hará en una forma general e indiferenciada. Aun cuando estén presentes las fuerzas inconscientes que favorecen la eficiencia, éstas resultan ser débiles, y por ello se requieren hipótesis adicionales para explicar si, y cómo, las reglas eficientes prevalecen sobre las ineficientes.<sup>227</sup> Pero la ineficiencia también puede ser el resultado de la evolución del derecho a través del litigio, ya sea porque los intereses de los abogados tienen un fuerte impacto en él, o porque las normas ineficientes se vuelven latentes. Ambas circunstancias invitarían a la intervención legislativa de última instancia, como ocurre con bastante frecuencia en ambas tradiciones jurídicas.

No obstante estas críticas y observaciones, la teoría evolutiva que se examina aquí parece tener un amplio potencial para contribuir a explicar las fuerzas y los incentivos que influyen en la evolución y el cambio jurídicos, así como para ligarlos con las investigaciones y las teorías sociojurídicas correspondientes. Así, por ejemplo, la explicación evolutiva sugiere que los litigantes son capaces de conformar las normas jurídicas independientemente de las preferencias de jueces y legisladores, y esta hipótesis puede ligarse con el análisis que hace Komesar de los costos relativos y los intereses en el recurso a los tribunales,<sup>228</sup> o con la relación circular de mutua observación entre legisladores y jueces que propone Luhmann.<sup>229</sup> La hipótesis sobre los incentivos que existen para litigar y relitigar en ciertas áreas jurídicas pueden compararse, por ejemplo, con la idea de Galanter de que los litigios tienen “vida propia”, en parte independiente de los eventos que los subyacen,<sup>230</sup> o con otras explicaciones sociojurídicas de los factores sociales que rigen las tasas de litigiosidad.<sup>231</sup> La explicación

<sup>226</sup> *Ibidem*, pp. 814 y ss., 821, 823 y ss.

<sup>227</sup> Véase Cooter y Ulen (1988, pp. 495 y ss.).

<sup>228</sup> Komesar (1994).

<sup>229</sup> Luhmann (1993, p. 302).

<sup>230</sup> Galanter (1990).

<sup>231</sup> Véanse algunos de los ensayos recogidos en el volumen 24, número 2 de la *Law and Society Review* (1990), sobre el estudio longitudinal de los tribunales y los litigios. En un ensayo incluido en ese volumen, dos economistas, Cooter y Rubinfeld (1990, p.

sobre el equilibrio de los precedentes podría someterse a comprobación a través de estudios específicos sobre los incentivos que tienen los actores sociales para litigar y los precedentes que tienen que producir para resolver la incertidumbre y orientar sus intercambios futuros.<sup>232</sup>

### B. *Los usos de la eficiencia, o los jueces como economistas*

Una cuestión muy debatida en relación con el AED como enfoque *normativo* ha sido la utilidad del concepto de eficiencia como criterio para evaluar al derecho y las decisiones judiciales,<sup>233</sup> particularmente cuando se compara con el valor de la justicia.

Algunos proponentes del AED no sólo han sostenido que el derecho de creación judicial satisface los requerimientos de la eficiencia económica, sino que también han demandado explícitamente que los jueces resuelvan de acuerdo con sus postulados, aunque no necesariamente como objetivo exclusivo o explícito.<sup>234</sup> Esta postura ha provocado la fuerte oposición de quienes consideran que la *justicia*, más que la eficiencia, es el objetivo adecuado que deben lograr los jueces. El mejor ejemplo de esta postura puede hallarse

533) alegan que la investigación sociojurídica sobre el tema no ha puesto suficiente atención en los modelos económicos, más rigurosos, que serían relevantes para tales efectos.

<sup>232</sup> Un estudio sobre el mercado londinense de reaseguro muestra cómo, después de un periodo en que favorecían el arbitraje, los hombres de negocios empezaron a acudir más a los tribunales. Entre los factores que contribuyeron a este cambio está la desregulación del mercado, que influyó en la entrada de nuevos actores y en el incremento de la competencia, pero también en la falta de precedentes que permitieran resolver los nuevos conflictos. Véase Stammel (1998).

<sup>233</sup> Sobre los diversos conceptos de eficiencia aplicados a la evaluación del derecho, véase el análisis general de Coleman (1980). Véase también Margolis (1987), quien examina dos definiciones de eficiencia que están implícitas o explícitas en la bibliografía del AED. Las definiciones son las siguientes:

*Definición 1:* “Un sistema jurídico eficiente es aquel en que los derechos de propiedad se asignan, y las reglas de responsabilidad se formulan, de tal modo que se reproduzca la asignación de derechos que se obtendría en el mercado en un mundo en el que los costos de transacción son cero” (p. 472). *Definición 2:* “Un sistema jurídico eficiente es aquel en el que los derechos de la propiedad se asignan, y las reglas de responsabilidad se formulan, de tal modo el valor de las cosas presentes en la sociedad, medido como la disposición a pagar, es maximizado respecto de entornos jurídicos alternativos, dados los costos de transacción” (pp. 473 y 474).

<sup>234</sup> Posner (1973, pp. 399 y ss.), Cooter y Ulen (1988, pp. 497 y ss.), Cooter (1995, pp. 57 y ss.).

en la polémica de Ronald Dworkin contra el utilitarismo y otras doctrinas jurídicas orientadas a las políticas públicas, incluyendo el AED.<sup>235</sup>

Por supuesto, siempre es posible asumir una postura más radical y *negar toda relevancia* a la eficiencia, sin necesidad de referirse al concepto de justicia, argumentando que el derecho es ineficiente por naturaleza y propósito, lo que significa que cualquier esfuerzo por hacerlo eficiente está condenado al fracaso. En una obra que aborda justamente la ineficiencia inherente al derecho se lee la siguiente declaración inicial:

La característica más llamativa del derecho tal como ha existido en las sociedades democráticas ha sido su ineficiencia. Este enunciado no debe entenderse meramente en el sentido de que el derecho de tales sociedades representa un sistema que tiene el propósito de funcionar eficientemente, pero que desafortunadamente falla en la práctica como resultado de la ineptitud de jueces, abogados y funcionarios del Poder Ejecutivo. Por su propia naturaleza, el derecho está condenado a la ineficiencia, su estructura más íntima y su maquinaria básica producen ineficiencia, y particularmente en las sociedades democráticas, se hace o se mantiene ineficiente con cuidadosa deliberación. Así, pues, el derecho debe ser descrito como la ciencia de la ineficiencia.<sup>236</sup>

Aunque posturas como éstas sean capaces de provocar un vivo debate, resultan tan drásticas que rayan en la autoderrota, porque parecen negar al derecho toda posibilidad de satisfacer ciertas expectativas sociales legítimas, como la de la eficiencia.

Un enfoque bastante más productivo, porque está mucho más circunscrito, consiste en negar utilidad para evaluar al derecho a un *concepto particular de eficiencia*. Así, por ejemplo Guido Calabresi, un distinguido representante del AED, ha sostenido<sup>237</sup> que son inútiles la eficiencia paretiana y conceptos similares, no sólo porque desatienden el problema de la distribución inicial de derechos o el de los sentimientos subjetivos de los individuos cuando ocurre un cambio comparativo en su situación, sino porque tales conceptos ven los cambios favorables a la eficiencia como movimientos hacia una frontera definida previamente, *como si los costos de transacción no existieran*. Sin embargo, puesto que estos costos existen,

<sup>235</sup> Véase Dworkin (1980a y b).

<sup>236</sup> Seagle (1952, p. 1).

<sup>237</sup> Calabresi (1990 y especialmente 1991).

cualquier movimiento *hacia* la frontera es, al mismo tiempo, un movimiento de la frontera. Sin duda, este argumento tiene implicaciones importantes para nuestro estudio. Si los tribunales son vistos, desde el punto de vista económico, como instituciones que tienen su origen en la existencia de los costos de transacción en una sociedad, y si su funcionamiento tiene un impacto, positivo o negativo, en estos costos, cualquier intento de hacerlos más eficientes implicará un movimiento *de* la frontera y, por tanto, tendrá que tomar en cuenta que serán mayores aún las dificultades para medir y evaluar ese cambio.

Otros críticos han planteado la cuestión de cuál es la *autoridad* que podrían tener los jueces para imponer ciertas políticas socialmente deseables, como la eficiencia o la justicia distributiva, sobre los intereses de los litigantes en una controversia privada.<sup>238</sup> Aunque sean defendibles y estén justificados por argumentos económicos, los intereses comunes y los objetivos sociales van en contra del sentido común que considera que el derecho tiene que ver con derechos y obligaciones, los cuales el tribunal debe hacer valer y proteger, más que crear.<sup>239</sup> No obstante, el argumento parece no tomar en cuenta el hecho de que la función judicial no tiene que ver solamente con intereses privados. Más aún, en la medida en que los jueces tienen que decidir de acuerdo con el derecho vigente, el derecho mismo (por ejemplo, bajo la forma de una disposición legislativa) puede incorporar la eficiencia como criterio o como facultad explícita en la que los jueces pueden apoyarse para decidir las controversias jurídicas desde un punto de vista económico.

Este punto nos conduce, por último, a la cuestión relativa a la *formación* y la *capacidad* de los jueces para resolver de acuerdo con principios económicos. Mientras que la respuesta a esta cuestión no debiera ser problemática cuando están directamente implicados asuntos económicos,<sup>240</sup> pues en ese caso es indispensable que los jueces sean capaces de tomar en cuenta los efectos económicos de sus decisiones, el debate provocado por el uso de la eficiencia como criterio general para evaluar los resultados de un juicio sugiere la necesidad de examinar la cuestión desde una perspectiva más amplia. Deberíamos preguntarnos entonces por la penetración de la racionalidad económica en el derecho y por la crisis y la evolución de las funcio-

<sup>238</sup> Coleman (1980, p. 550).

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 551.

<sup>240</sup> Véanse las observaciones preliminares de Remiche (1985). Véanse también Rescigno (1985) y Raiteri (1991).

nes de los tribunales a la luz de las realidades económicas.<sup>241</sup> Desde este punto de vista, el AED sería no sólo una manifestación de un movimiento intelectual o de fenómenos jurídicos en países específicos, sino también un signo de la interdependencia más estrecha entre el derecho y la economía en la sociedad contemporánea.

## *2. La eficiencia en el litigio y el arreglo de los conflictos: un modelo económico*

Este apartado presentará algunas contribuciones teóricas y empíricas del AED al análisis del litigio judicial. Estas contribuciones se refieren, por ejemplo, a los factores que influyen en la decisión de litigar o de llegar a un arreglo, a las implicaciones de esta decisión para el resultado del procedimiento judicial, así como a los incentivos y las restricciones que enfrentan los participantes y que afectan la resolución rápida y expedita de un asunto. Estas contribuciones serán comparadas enseguida con otras perspectivas de las ciencias sociales.<sup>242</sup> En este punto el objetivo no es criticar el enfoque del AED desde esas otras perspectivas, recurriendo al argumento simplista de que las decisiones individuales no solamente están sujetas a la influencia de las consideraciones sobre costos o de la racionalidad económica. Por el contrario, el propósito es señalar las similitudes y diferencias de enfoque, y el contraste debe permitirnos aclarar, más adelante, el sitio y la importancia que ocupa la eficiencia en la función judicial, particularmente en lo que se refiere a su conflictiva coexistencia con la “justicia” como valor jurídico, así como examinar las relaciones teóricas y metodológicas entre ambos enfoques.

Antes de proceder a examinar ciertos ejemplos relevantes de la investigación económica y sociológica sobre el litigio, es preciso clarificar una cuestión previa. El AED, en su versión angloamericana, ha establecido una conexión necesaria entre la decisión de litigar un conflicto y la decisión de arreglarlo. En términos convencionales, el arreglo o transacción es la decisión de celebrar un acuerdo con la otra parte que resuelva el conflicto subyacente antes de llegar a una decisión de la autoridad judicial sobre el fondo. Dicho en otras palabras: ambas decisiones provienen del mismo proceso

<sup>241</sup> Véase Raiteri (1992).

<sup>242</sup> La investigación socio-jurídica sobre la resolución de conflictos y el litigio ya es tan vasta, que me concentraré en algunos ensayos y estudios representativos.

de decisión, formando opciones mutuamente excluyentes. Los proponentes de este modelo afirman, además, que los costos de un arreglo son normalmente menores a los costos del litigio, lo que significa que la fracción de asuntos arreglados es un determinante importante de los costos directos totales de la resolución judicial de controversias jurídicas.<sup>243</sup>

La pregunta es entonces si esta conexión entre litigio y arreglo (y la proposición concomitante de que el arreglo es usualmente menos costoso y, por tanto, más eficiente que el litigio) refleja solamente alguna característica particular de un modelo procesal específico —el juicio contradictorio angloamericano, tanto civil como penal— lo que lo haría inaplicable a cualquier otra forma de litigio. No es ésta una pregunta irrelevante, considerando el predominio del arreglo (*settlement*) y la negociación de las penas (*plea bargaining*) en el sistema jurídico de los Estados Unidos. Es un hecho bien conocido que un porcentaje extremadamente elevado de los asuntos civiles y penales en ese país (alrededor de un 90% o quizá más) nunca llegan a una audiencia contradictoria (*trial*). El arreglo en los asuntos civiles, tanto dentro como fuera de los tribunales, lo mismo que la negociación de las penas en el proceso penal, son mecanismos establecidos, aceptados e incluso promovidos conscientemente para evitar un costoso juicio. El arreglo (e igualmente la negociación de penas) han sido fuertemente criticados como una “técnica problemática para depurar los archivos”.<sup>244</sup> Entre otras críticas, se arguye que el arreglo puede resultar injusto para la parte más débil, la cual se ve forzada a aceptar menos de lo que le corresponde, y que los tribunales tienen otras funciones importantes, como la creación de normas, las cuales van más allá de la resolución de conflictos privados. Así, si la justicia no se ve satisfecha, la sociedad puede estar pagando un precio sin darse cuenta.<sup>245</sup>

En mi opinión, el enfoque económico es capaz de ofrecer un modelo general de las condiciones y los factores que afectan la decisión de litigar o arreglar un conflicto en cualquier etapa, tanto antes como después de que se ha interpuesto formalmente una demanda. En el modelo económico, el arreglo no se define como una decisión que esté necesariamente identificada con alguna práctica institucional específica, sino que puede describirse simplemente como una forma de terminación de una controversia jurídica

<sup>243</sup> Posner (1973, p. 417).

<sup>244</sup> Fiss (1983, p. 1075).

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 1085.

distinta al dictado de una sentencia formal. En un hipotético sistema procesal donde estuviera prohibido concluir un asunto por otra vía que no fuera una sentencia definitiva, el cálculo racional para decidir litigar o arreglarse extrajudicialmente tendría que hacerse *antes* de interponer formalmente la demanda, como sucede con frecuencia en la realidad. De hecho, en los países de tradición romanista, la conclusión de los asuntos por medios distintos a una sentencia definitiva es común también,<sup>246</sup> de modo que aún una sentencia dictada en rebeldía se consideraría como “arreglo” en este sentido.

Por otro lado, es cierto que, en términos económicos, y por definición, el acuerdo es la forma más eficiente de intercambio. En un mundo sin costos de transacción, ningún acuerdo se produciría si no otorgara a las partes una mejor posición que la anterior. Sin embargo, en un mundo en el que los costos de transacción dificultan los acuerdos, la negociación se realiza frecuentemente a la “sombra del derecho”. Esto significa que los términos del acuerdo se verán influidos por la percepción que tengan las partes sobre los derechos que les garantice la ley. Sin embargo, si la opinión de las partes sobre sus respectivos derechos es contradictoria entre sí, esta contradicción llevará a un litigio, aunque no porque la ley sea incierta, o porque el acuerdo no fuera mutuamente ventajoso, sino principalmente porque las expectativas *divergentes* sobre el resultado *potencial* del litigio y la apuesta implicada impiden tal acuerdo. Esta es la suposición básica que subyace al modelo económico general del litigio judicial.

#### A. *La selección de los conflictos para el litigio*

En 1984, George L. Priest y Benjamin Klein, profesores de derecho y de economía en los Estados Unidos, respectivamente, publicaron un artículo muy influyente con el título “*The Selection of Disputes for Litigation*”.<sup>247</sup> En ese ensayo, Priest y Klein toman como punto de partida el problema de la representatividad de las sentencias en apelación para el conocimiento del sistema jurídico. Si los asuntos en apelación fueran representativos del número y clases de controversias que se producen en la sociedad, su estudio permitiría realizar inferencias sobre cómo las reglas jurídicas afectan la conducta o sobre la producción de conflictos jurídicos. Sin embargo, sos-

<sup>246</sup> Véanse, por ejemplo, los datos que ofrece Blankenburg (1980, p. 54) sobre los diferentes tipos de procedimientos civiles en Alemania.

<sup>247</sup> Priest y Klein (1984).

tienen los autores, la mayoría de los estudiosos del derecho “ignoran el problema de la representatividad de las decisiones en apelación, o bien la presumen”, suponiendo en general que los hechos de las controversias que llegan a juicio o a la apelación “se asemejan a los hechos de los conflictos que son objeto de un arreglo extrajudicial”.<sup>248</sup>

Más aún, es también muy común “hacer inferencias sobre la influencia de un criterio jurídico o la actitud de jueces o jurados hacia los demandantes o los demandados observando la proporción de casos en que los veredictos favorecen a la parte actora”.<sup>249</sup> Sin embargo, tales inferencias son inexactas si los asuntos litigados no son representativos de la clase entera de conflictos subyacentes.<sup>250</sup> Y si bien los estudiosos del derecho han manifestado su preocupación por la peculiar muestra de conflictos que llegan a juicio y a apelación, ninguno de ellos ha logrado desarrollar un medio aceptado para ajustar el análisis en respuesta al problema.<sup>251</sup>

Por ello, Priest y Klein intentan elaborar un modelo del proceso judicial que clarifique la relación entre el conjunto de controversias arregladas y el conjunto litigado. De acuerdo con su modelo, los factores determinantes del arreglo o del litigio son solamente económicos, “incluyendo los costos esperados por las partes resultantes de decisiones favorables o desfavorables, la información que posean las partes sobre la probabilidad de tener éxito, y los costos directos del litigio y el arreglo”.<sup>252</sup> La hipótesis más importante es que los litigantes potenciales elaboran estimaciones racionales de la probable decisión, “ya sea que esté basada en los precedentes aplicables o en los sesgos de jueces o jurados”.<sup>253</sup>

El modelo muestra que las controversias seleccionadas para ser litigadas, en oposición a las arregladas,<sup>254</sup> no constituyen ni una muestra al azar,<sup>255</sup> ni

248 *Ibidem*, p. 3.

249 *Idem*.

250 *Ibidem*, p. 4.

251 *Ibidem*, p. 2.

252 *Ibidem*, p. 4.

253 *Idem*.

254 La controversia se define como “cualquier ocasión en la que un demandante sostiene una pretensión contra un demandado por algún daño que ha sufrido”. El conflicto se considera litigado solamente si se rinde un veredicto o sentencia, y cualquier otro modo de terminación de la controversia se considera como arreglo. Priest y Klein (1984, p. 6).

255 El modelo propuesto por Priest y Klein deriva del enfoque económico desarrollado por William Landes y Richard Posner. De acuerdo con estos últimos autores, el principal factor determinante del litigio es la diferencia absoluta entre las estimaciones de las

tampoco representativa del conjunto de todos los conflictos.<sup>256</sup> Así, los conflictos resultan seleccionados para el litigio de un modo específico, pues las controversias judiciales estarán más concentradas entre los conflictos en los que las estimaciones de probabilidad de las partes respecto de una victoria del demandante, suponiendo su error como equivalente, se encuentran más cerca del criterio de decisión, y es probable que se incremente la diferencia entre esas estimaciones. Cuando es probable que la diferencia sea pequeña, las partes podrán lograr más fácilmente un acuerdo a fin de evitar los costos del litigio.<sup>257</sup> Dicho en términos más sencillos: cuando el derecho aplicable es cierto y resuelve de manera clara y predecible el conflicto entre las partes, es improbable que al asunto vaya a juicio, sino que será objeto de arreglo, porque es improbable que las estimaciones de las partes sobre el valor del asunto difieran en un monto superior a los costos totales del litigio.<sup>258</sup>

Priest y Klein deducen de su modelo una interesante consecuencia: la llamada “regla” del 50%. Esta regla indica que “las decisiones maximizadoras individuales de las partes crearán un fuerte sesgo hacia una tasa de éxito de los demandantes en juicio o en apelación de 50%, independientemente de cuál sea el criterio sustantivo del derecho”, conforme disminuye el error de las partes en sus estimaciones y se reduce la tasa del litigio.<sup>259</sup> Dicho de un modo más sencillo: “el proceso de negociación tiende a desechar los casos extremadamente débiles o los extremadamente fuertes a través del arreglo, lo cual empuja hacia un 50% la tasa de éxito en los casos que son finalmente llevados a juicio”.<sup>260</sup> Esta tendencia se mantiene si se supone que el interés de las partes es simétrico.<sup>261</sup> En cambio, una diferen-

partes sobre la probabilidad de tener éxito, bajo la suposición de que los casos litigados son una muestra al azar de las controversias subyacentes, una hipótesis que Priest y Klein cuestionan y corrigen. Priest y Klein (1984, pp. 4 y 5, nota 16).

<sup>256</sup> Priest y Klein (1984, p. 4).

<sup>257</sup> *Ibidem*, pp. 14 y ss.

<sup>258</sup> Miller (1997, p. 913).

<sup>259</sup> Priest y Klein (1984, pp. 5, 17 y ss.).

<sup>260</sup> Siegelmann y Donohue III (1995, p. 428).

<sup>261</sup> Otras hipótesis simplificadoras del modelo son: la distribución de los conflictos iniciales está distribuida exógenamente; los litigantes no incurren en comportamiento estratégico; existen criterios de decisión para la resolución de controversias y los jueces y jurados los aplican de manera consistente en controversias de uno u otro tipo; mientras sean consistentes, las decisiones pueden basarse en precedentes o en sesgos personales; el interés de las partes es simétrico cuando se describe solamente en términos de la sen-

cia en el interés afectará la tasa de litigios y la tasa de victorias para cualquiera de las partes. Las actitudes de los litigantes hacia el riesgo también pueden analizarse de la misma manera.<sup>262</sup>

Priest y Klein presentan entonces datos empíricos relacionados con la hipótesis de la selección. Se trata de datos que ellos mismos recopilaron junto con una reseña de los estudios empíricos que ofrecen información sobre los resultados de controversias civiles. En este sentido, advierten al lector no sacar la conclusión de que los datos confirman la hipótesis, puesto que faltan mediciones definitivas sobre las variables relevantes para la teoría.<sup>263</sup> Sin embargo, estos autores logran ofrecer un recuento bastante convincente de una amplia variedad de datos y estudios empíricos, desde los veredictos a favor del demandante en juicios civiles ante jurado entre 1959 y 1979 en Cook County, Illinois, hasta el examen de los jurados de seis o doce miembros en los setentas en los Estados Unidos. Al compararla con los datos empíricos, la hipótesis de la selección les permite a Priest y Klein criticar la metodología de algunos estudios, como aquellos que tratan de medir el impacto de las actitudes de los jueces sobre los resultados de los asuntos. Priest y Klein arguyen que las partes mismas incorporarán los sesgos judiciales en sus propios cálculos.<sup>264</sup> En este sentido, el criterio de de-

tencia esperada; por tanto, se supone que la sentencia no tendrá efectos sobre el comportamiento subsiguiente de potenciales litigantes y, por consiguiente, será especialmente inadecuada respecto al arreglo de los conflictos considerados para la apelación; los costos del litigio para las partes son más elevados que los de un arreglo, una restricción que implica solamente que las partes pueden ganar más llegando a un acuerdo que litigando, y que así lo harán a menos que la diferencia entre ellas sea mayor a D (criterio de decisión). Priest y Klein (1984, pp. 7, 12 y ss.).

<sup>262</sup> *Ibidem*, pp. 24 y ss., 27.

<sup>263</sup> *Ibidem*, pp. 30 y ss.

<sup>264</sup> Respecto de este punto, véase, por ejemplo, Ashenfelter *et al.* (1995), quienes examinan el impacto de las características y antecedentes políticos de los jueces en tres tribunales federales de primera instancia en los Estados Unidos, sobre la base de la masa de los asuntos de derechos civiles turnados de manera aleatoria en un año en particular, más que sobre la base de las opiniones publicadas. Su conclusión es que el juez en lo individual tiene una influencia más modesta sobre el resultado de la masa de casos que sobre el subconjunto de asuntos que llevan a una opinión publicada. Igualmente concluyen que las características de “los jueces o el partido político del presidente que nombró al juez no constituyen factores significativos de predicción de las decisiones judiciales” (p. 257). Leído a la luz de la hipótesis de Priest y Klein, este resultado parecería indicar la existencia del efecto de selección a través de los litigantes, más que la influencia real de la ideología de los jueces en sus opiniones.

cisión funciona de manera neutral, mientras que los términos en los que se arreglan los conflictos podrían revelar poderosos sesgos judiciales.<sup>265</sup>

La hipótesis sobre la selección de Priest y Klein ha sido objeto de un debate continuo, el cual se ha dirigido, en su mayor parte, a encontrar apoyo, o pruebas en contrario, para la “regla” del 50% en distintos ámbitos del litigio.<sup>266</sup> Aquí mencionaremos solamente dos que confirman en lo esencial y amplían el modelo de Priest y Klein.

El primer estudio se refiere a la selección para el litigio de controversias por discriminación en el empleo.<sup>267</sup> Utilizando el registro de una serie temporal de todos los juicios por discriminación en el empleo ante los tribunales federales de primera instancia en los Estados Unidos durante un periodo de veinte años, el estudio demuestra que la tasa de victorias del demandante no es la misma durante los ciclos económicos, sino que “varía sistemáticamente en relación con la salud de la macroeconomía, cayendo durante las recesiones y aumentando durante las expansiones”.<sup>268</sup> Puesto que la tasa de victorias fluctúa de manera significativamente menor que la tasa de arreglos, esto significa que solamente está actuando una selección *parcial*. Sin embargo, aunque el modelo de Priest y Klein resulta levemente modificado, hay fuerte evidencia de que, según se predijo, los casos débiles son eliminados a través del arreglo.<sup>269</sup>

El segundo estudio, basado en datos de 3,259 asuntos resueltos por el Tribunal Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos entre 1982 y 1987 trata de demostrar que las violaciones a los supuestos implícitos en el modelo por características específicas de los asuntos pueden dar cuenta de las divergencias en las tasas de victorias de los demandantes.<sup>270</sup> Las siete características de los asuntos son las siguientes:

- “Apuestas” (*stakes*) diferentes.
- Diferencias en la sofisticación de las partes.
- Medición inexacta de la victoria del demandante, o de la indemnización contra la responsabilidad.
- El estándar jurídico favorece a una de las partes.

<sup>265</sup> Priest y Klein (1984, p. 37).

<sup>266</sup> Véase la bibliografía listada en el Apéndice A de Kessler *et al.* (1996, pp. 258 y ss.).

<sup>267</sup> Siegelmann y Donohue III (1995).

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 431.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 432.

<sup>270</sup> Kessler *et al.* (1996).

- Los costos del arreglo son altos en relación con los costos del litigio.
- Indemnizaciones altas (aversión al riesgo).
- Efectos de agente.

El estudio concluye que “entre los casos que se ajustan de manera más cercana a los supuestos que subyacen al modelo simple de expectativas divergentes, la tasa de victorias del demandante se encuentra más cercana al 50%”.<sup>271</sup>

Independientemente de la cuestión de su confirmación,<sup>272</sup> resulta claro que la hipótesis de Priest-Klein ha tenido éxito en disparar una discusión científica y en sugerir nuevos problemas y avenidas para la investigación científica.<sup>273</sup> En todo caso, muestra que los litigantes resolverán extrajudicialmente sus conflictos, porque una apreciación racional de sus oportunidades recíprocas de éxito los conducirá a preferir un acuerdo mutuamente ventajoso. De este modo, los tribunales se ocuparán sólo de un pequeño (aunque sesgado) sector de controversias jurídicas, en las que prevalece un importante grado de incertidumbre, un resultado que puede ser visto como socialmente eficiente.

### B. *La economía de la justicia penal*

Un modelo económico de la conducta delictiva se basa también en el principio del cálculo racional de sus costos y beneficios y en la hipótesis de la conducta maximizadora de los seres humanos, quienes son capaces de responder a los incentivos y desincentivos contenidos en las normas jurídicas. Tal modelo está enfocado primariamente en la *aplicación coactiva de la ley*.<sup>274</sup> Por tanto, su objetivo es explicar los efectos disuasivos del castigo,

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 233.

<sup>272</sup> Véase también Stanley y Coursey (1990). Cuatro ensayos que matizan y modifican el modelo son los de Eisenberg (1990), Hylton (1993), Thomas (1995) y Siegelmann y Waldfoegel (1999).

<sup>273</sup> Inspirado o no por Priest-Klein, un interesante problema para la investigación es la “selección de los casos para publicación”. Las sentencias publicadas constituyen normalmente sólo la faz oficial del derecho. Sin embargo, es posible demostrar que esa publicación está sesgada y que la relación entre las sentencias publicadas y las no publicadas obedece a factores regulares y predecibles y que tiene consecuencias para el estudio científico del derecho. Véase, por ejemplo, Siegelmann, Donohue III (1990), Atkins (1990) y Serverin (1993).

<sup>274</sup> Panther (1995, p. 367) y Miceli (1991, p. 3).

el cual puede ser visto sencillamente como el precio que hay que pagar por participar en una actividad fuera del mercado y que pretende reducir el nivel de tal actividad al que tendría si fuera proporcionada por un mercado razonablemente eficiente, así como la severidad óptima de las sanciones.<sup>275</sup> El efecto disuasivo depende en parte de la probabilidad de la persecución y la condena, es decir, el funcionamiento adecuado del sistema de justicia penal. En consecuencia, el modelo económico tiene que explicar también los incentivos y decisiones que enfrentan los acusados, los fiscales y los jueces una vez que se ha iniciado un proceso penal, así como sus resultados.

Aprovechando los paralelos obvios entre el litigio civil y el proceso penal en la tradición jurídica angloamericana, el más visible de los cuales es el paralelo entre el arreglo extrajudicial y la pena negociada (*plea bargaining*), los estudiosos del análisis económico del derecho ofrecen un análisis económico del proceso penal a través de pruebas empíricas.<sup>276</sup> No resulta sorprendente que hayan concluido que la negociación de las penas se puede caracterizar como una “transacción de mercado” en la que el fiscal “compra” confesiones de culpabilidad a cambio de la promesa de una sentencia más benigna.<sup>277</sup> La negociación de la pena regula el número de juicios y ayuda a explicar la severidad de las penas cuando los acusados son sometidos a juicio y condenados. En conjunto, las mismas variables que operan en los juicios civiles lo hacen también aquí: la negociación de la pena es la opción menos costosa en comparación con un juicio;<sup>278</sup> el efecto de la estimación por el acusado de la probabilidad de ser condenado en el juicio en relación con la estimación del fiscal; el papel de la aversión del acusado al riesgo, etcétera.<sup>279</sup>

<sup>275</sup> Posner (1979, p. 136), Panther (1995, pp. 366 y ss.) y Savona (1990).

<sup>276</sup> Véase Landes (1971), Rhodes (1976) y Elder (1989).

<sup>277</sup> Rhodes (1976, pp. 311 y ss.).

<sup>278</sup> Esto significa, por ejemplo, que los acusados que no son liberados bajo fianza tendrán una baja propensión a ir a juicio, y mucho más si los costos de oportunidad del juicio aumentan a causa de los retrasos procesales. Landes (1971, pp. 99 y ss.).

<sup>279</sup> Este modelo plantea nuevamente la cuestión de su generalidad y aplicabilidad a la tradición jurídica continental europea, la cual desconoce oficialmente la práctica de la negociación de las penas, aunque esto puede estar cambiando en algunos casos. Esta respuesta es similar a la dada cuando se mencionó el problema equivalente en relación con el proceso civil: si los actores en el sistema de justicia penal continental también están sometidos a la presión de tener que regular el número de juicios, por un lado, y así como la de predecir un cierto resultado, por la otra, recurrirán a prácticas que logran una fun-

### 3. *El litigio desde la perspectiva sociojurídica*

#### A. *Acceso y resultados*

La sociología del derecho (en adelante SD) ha desarrollado lo que podríamos denominar, en una fórmula paralela al enfoque económico, un modelo de la *selección social* de los conflictos para su procesamiento judicial. Dicho modelo pretende identificar y explicar los factores sociales que acompañan el surgimiento de los conflictos en la sociedad, las etapas y transformaciones sucesivas que sufren, incluyendo su formulación en términos jurídicos. Su propósito es describir los múltiples cursos de acción al alcance de los contendientes, particularmente las condiciones que rigen la probabilidad del recurso a las instituciones de solución de controversias jurídicas, como son los tribunales. Y, por último, se propone determinar la influencia de los factores y las condiciones sociales sobre los resultados de los juicios. En resumen, tal modelo estaría integrado por tres piezas teóricas interrelacionadas: una teoría de los conflictos sociales, una teoría de la movilización del derecho, y una teoría del procesamiento de los conflictos jurídicos por los tribunales.<sup>280</sup> En la medida en que ha sido capaz de superar una preocupación, definida de manera estrecha, sobre el acceso al derecho o a la justicia,<sup>281</sup> este modelo sociológico tendría que mostrar evidentes puntos de contacto, así como diferencias visibles, tanto en concepción como alcance, con el enfoque económico.

El punto de contacto más evidente es quizá el que reside en la idea de que, por lo regular, el derecho tiene que ser movilizado ya sea por funcionarios públicos o por los ciudadanos.<sup>282</sup> Tanto si adopta la perspectiva del control social<sup>283</sup> o la de los ciudadanos, que pueden ver el derecho y las instituciones jurídicas como un recurso y un instrumento para la consecución

ción similar a la negociación de las penas angloamericanas, quizá en una etapa más temprana del procedimiento y de una manera informal.

<sup>280</sup> Blankenburg (1980, p. 37). Van Loon, Delrue y van Wambeke (1995, p. 379) distinguen tres enfoques en los estudios sobre el proceso civil: el proceso social de los conflictos y su dinámica; el papel y las funciones de los diferentes actores; y el análisis longitudinal de las actividades de los tribunales.

<sup>281</sup> La conclusión casi inescapable de tal preocupación es que los miembros de la sociedad en posición desventajosa lo son en parte porque no tienen modo de reclamar efectivamente sus derechos. Véase Zemans (1982, pp. 989 y ss.).

<sup>282</sup> Black (1973). Véase también Blankenburg (1980; 1994a).

<sup>283</sup> Como lo hace Black (1973) de manera explícita.

de metas individuales o colectivas, la teoría no puede menos que formular el problema, en mayor o menor medida, en términos de la *decisión*, o de varias decisiones, de *movilizar o no* el derecho.<sup>284</sup> Y al decir “decisión” u “opción” damos a entender, casi invariablemente, otros conceptos que tienen una estrecha afinidad con el lenguaje económico, o que son compartidos con éste, como por ejemplo el interés propio, la racionalidad, los costos, la “apuesta” o interés, las alternativas, las expectativas, etcétera. Esto es particularmente cierto tratándose de los litigios civiles o de derecho privado, donde dicha afinidad proviene de que el derecho mismo sigue un *modelo empresarial*,<sup>285</sup> ya sea porque se apoya en individuos egoístas que tienen la libertad de actuar de acuerdo con las concepciones sociales de racionalidad, o porque es concebido, de una manera más directa, como una extensión de la actividad del mercado.

Existen muchos e importantes estudios sociojurídicos que, de modo implícito o explícito, adoptan un enfoque económico o de decisión racional respecto de la movilización del derecho y la selección sociales de los conflictos para su procesamiento judicial.<sup>286</sup> Estos estudios incluyen, por ejemplo, el *Civil Litigation Research Project* (CLRP)<sup>287</sup> o los así llamados “estudios longitudinales de los juicios”.<sup>288</sup> El CLRP adoptó un “enfoque enfocado en los conflictos”, dentro del cual era posible analizar, de manera explícita, los costos de los juicios civiles (los juicios considerados como un proceso de inversión) y los foros disponibles como alternativa a los tribunales civiles.<sup>289</sup> Los estudios longitudinales, por su parte, examinan los factores (por ejemplo, el crecimiento económico) que explican el comportamiento de las tasas de litigiosidad ante los tribunales en el curso del tiempo.<sup>290</sup> Estos estudios analizan los agregados de decisiones, tendencias y va-

<sup>284</sup> Cfr. Zemans (1982, pp. 992 y ss.). Griffiths (1983, p. 174): “La teoría del proceso litigioso es, en resumen, una *teoría de la elección* (*theory of choice*), aplicable específicamente al conflicto normativo” (énfasis añadido).

<sup>285</sup> Black (1973, p. 16), Zemans (1982, pp. 993 y ss.).

<sup>286</sup> No se pretende decir que toda la investigación sociojurídica sigue un modelo de decisión racional o está emparentada con él.

<sup>287</sup> Véase el informe final por Trubek *et al.* (1983).

<sup>288</sup> Véase Trubek (1980-1981).

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 486, señala que los costos tenían dos dimensiones: una descripción de la naturaleza y el monto de los gastos hechos por individuos y organizaciones en el procesamiento de conflictos civiles, y una explicación de los factores, tales como los intereses y los resultados, que afectan el nivel de inversión en las controversias civiles.

<sup>290</sup> Véase Friedman (1990).

riables que se refieren, ya sea explícitamente o no, al tipo de problemas que residen en el núcleo de la reflexión económica, tales como el crecimiento o los equilibrios estáticos y dinámicos.<sup>291</sup>

Los supuestos de decisión racional que se aplican a la movilización del derecho también deberían contribuir a explicar el comportamiento de las partes una vez que se ha iniciado un procedimiento judicial y, lo que es más importante, los resultados de tal procedimiento. Una parte significativa de los estudios sociojurídicos sobre el litigio se refieren a la relación entre las características sociales de los litigantes y los resultados de los asuntos, enfocándose en aquellas características que influyen en las tasas de victorias en la justicia civil (o, de manera similar, en la probabilidad de recibir una condena en los procesos penales). En este sentido, los estudios sociojurídicos nos han enseñado que son importantes la clase social, el género, la raza, etcétera, pero también la relación previa entre las partes.<sup>292</sup> De manera más general, sabemos que es diferente también la probabilidad de que los miembros de un grupo social comparezcan, y ganen, como demandantes o demandados ante los tribunales (así, por ejemplo, es más alta la probabilidad de que un actor empresarial demande y le gane a un individuo que viceversa), y que estas probabilidades están ligadas a los intereses de los litigantes y a la naturaleza de su participación en el proceso judicial.

De manera similar, los estudios organizacionales sobre los tribunales han tratado de observar directamente los incentivos y las restricciones que afectan la producción de resultados judiciales. Algunos de estos estudios coinciden con los supuestos básicos y la información empírica en que se apoya el enfoque económico. Así, por ejemplo, el predominio de las penas o acusaciones negociadas (*plea bargaining*) en los tribunales penales estadounidenses como alternativa más rápida y barata frente al juicio puede explicarse por las normas y prácticas informales que aseguran la resolución expedita de los asuntos por el grupo de trabajo judicial.<sup>293</sup> Los acusados que se atreven a perturbar el funcionamiento expedito de este grupo al exigir una audiencia se arriesgan a recibir un castigo más severo si resultan culpables, lo que de manera efectiva reduce el “precio” del arreglo previo. En resumen, las tasas diferenciales de éxito de los litigantes están ligadas a ventajas organizacionales, estrategias de largo plazo y economías de esca-

291 Cfr. Cooter y Rubinfeld (1990, pp. 540 y ss.).

292 Véanse por ejemplo Douglas (1994) y Black (1989).

293 Así, por ejemplo, Eisenstein y Jacob (1977) o Nardulli (1978).

la (“jugadores de un solo tiro” vs. “jugadores habituales” para utilizar los términos del ensayo clásico de Marc Galanter),<sup>294</sup> las que pueden ser incorporadas fácilmente en el modelo económico como intereses asimétricos que modifican los resultados de una manera predecible.<sup>295</sup>

Una consecuencia interesante de la adopción del enfoque de decisiones racionales para la explicación de los resultados judiciales es que el derecho mismo debe ser visto, en gran medida, como *indiferente*, es decir, que carece de influencia real en la resolución del conflicto.<sup>296</sup> Tanto el modelo económico como el sociojurídico tratan de explicar los resultados en términos distintos al efecto que puedan tener los criterios jurídicos en la resolución del conflicto. Sin embargo, mientras que la adopción racional de decisiones en el modelo económico significa que los litigantes *internalizan* (o conocen) todos los factores que afectan su decisión de litigar o arreglarse, incluyendo los criterios jurídicos aplicables y el sesgo de jueces y jurados, el modelo sociojurídico trata de identificar los factores *individuales exógenos* que contribuyen a un resultado en particular.

Así, los modelos sociojurídicos del litigio pueden diferir de muchas maneras, y de hecho lo hacen, frente a los supuestos del modelo económico. Un modelo sociológico del litigio está sujeto a distintos requisitos científicos, que en cierto modo son más exigentes que los que debe satisfacer el enfoque económico.<sup>297</sup> Mientras que los análisis económicos inician con hipótesis simples (e irreales) que les permiten “obviar” los elementos estudiados por la sociología,<sup>298</sup> el modelo sociológico, por ejemplo, no tratará

<sup>294</sup> Galanter (1974). Como estudio que aporta evidencia sobre la llamada “teoría de la capacidad de las partes”, véase McCormick (1994). Otro estudio que concluye que son factores políticos, más que los recursos procesales, los que explican el éxito en los litigios sobre el aborto resueltos por los tribunales federales de distrito en los Estados Unidos entre 1973 y 1990, véase Yarnold (1995).

<sup>295</sup> Como sucede en Priest y Klein (1984), quienes hacen referencia explícita al ensayo clásico de Galanter.

<sup>296</sup> Cuando los sociólogos del derecho temen que el derecho realmente determine el resultado de los casos, es decir, que los demandantes o demandados ganen porque tienen la razón jurídica, entonces confían en que las estadísticas y la probabilidad neutralicen de algún modo tal inquietante posibilidad, es decir, que sólo se aplica a un conjunto de casos. Véase, por ejemplo, Bender y Schumacher (1980, p. 11).

<sup>297</sup> Véase Griffiths (1983, p. 159), que define los requisitos que una teoría sociológica del litigio tiene que cumplir a fin de ser científicamente satisfactoria.

<sup>298</sup> De Geest (1995, p. 305).

los conflictos como exógenos,<sup>299</sup> puesto que se encuentra extremadamente interesado en observar y explicar el surgimiento y la transformación de los conflictos sociales, ni necesariamente aceptará que existe un continuo lineal en el desarrollo de esos conflictos, ni, para el caso, la existencia de condiciones de racionalidad homogéneas entre campos sociales.<sup>300</sup> El análisis de costos-beneficios se considera importante para explicar las decisiones relacionadas con el procesamiento de conflictos, ya sea como modelo apropiado para arrojar luz sobre ciertas cuestiones,<sup>301</sup> o como un factor que, a pesar de encontrarse activo en todo el proceso decisional,<sup>302</sup> pero no es visto como base suficiente para una explicación amplia.

El CLRP ejemplifica de nuevo lo anterior. El marco inicial era un modelo económico de decisión determinado por los costos y los intereses implicados en un conflicto. Sin embargo, se pensó que el modelo económico no podía predecir plenamente las decisiones de los contendientes, de modo que se agregaron otros factores que podían ser causa de que éstos se apartaran de las trayectorias predichas por el modelo económico, tal como la relación pasada y futura entre las partes o la naturaleza misma del conflicto.<sup>303</sup> De manera similar, varios estudios que examinan la práctica de las acusaciones negociadas en la justicia penal no aceptan la “presión de los asuntos” como factor explicativo único o predominante.<sup>304</sup> Tampoco es sorprendente enterarse que la decisión de apelar no está gobernada exclusivamente por consideraciones de costo-beneficio.<sup>305</sup>

<sup>299</sup> Uno de los supuestos en que se apoyan Priest y Klein (1984, p. 7).

<sup>300</sup> *Cfr.* Griffiths (1983, pp. 174 y ss.), quien critica los enfoques lineales y centrados en los tribunales respecto del litigio, y en cambio, vincula las trayectorias específicas de los conflictos con las características de campos sociales semiautónomos.

<sup>301</sup> *Ibidem*, pp. 188 y ss.

<sup>302</sup> Zemans (1982, pp. 999 y ss.).

<sup>303</sup> Trubek (1980-1981, pp. 498 y ss.). Véanse también los factores examinados por Zemans (1982, pp. 1003 y ss.).

<sup>304</sup> Véase, por ejemplo, Heumann (1978) y Feeley (1979). Un estudio empírico realizado en Alemania sobre las negociaciones informales en la persecución de delitos generales y económicos (Bussmann y Lüdemann, 1995, pp. 5 y ss., 149 y ss., 163 y ss.), trató de ligar estas prácticas con problemas de tiempo y encontró alguna relevancia general (esto es, para los fiscales, jueces y abogados defensores considerados como grupo) de este factor, junto con problemas materiales y jurídicos, intereses en la restitución o el clima procesal. El grado de relevancia cambió, o bien resultó inexistente, cuando los diferentes actores y el tipo de procedimiento eran analizados en forma separada.

<sup>305</sup> Barclay (1997).

## B. *Justicia procesal*

La etiqueta de “justicia procesal” (*procedural justice*) abarca un rico y sugestivo cuerpo de investigación en el campo de la psicología social, el cual también están tomando cada vez más en cuenta los sociólogos del derecho en el campo del litigio judicial y la resolución alternativa de conflictos.<sup>306</sup> La investigación sobre la justicia procesal es especialmente interesante para los efectos de este apartado, ya que ha logrado implementar empíricamente un concepto propio de justicia aplicado a los procedimientos judiciales, y a los jurídicos en general, permitiendo examinar también la relación entre los valores procesales de la “eficiencia” y la “justicia” como un problema empírico, más que sobre la base de la especulación abstracta. Debe hacerse notar que los estudios sobre la justicia procesal se enfocan predominantemente en las actitudes, opiniones y valores subjetivos, si bien algunos de sus proponentes también han investigado las consecuencias objetivas de estas creencias. De igual manera, el enfoque económico se basa en el supuesto de la maximización como motivación invariable del individuo, lo que permite también la predicción y evaluación de la conducta objetiva.

La investigación sobre la justicia procesal comprende una amplia variedad de problemas, resultados, interpretaciones y teorías en el punto de contacto entre varios enfoques y disciplinas.<sup>307</sup> Sin embargo, como ya se señaló, el problema común inicial reside generalmente en las actitudes y evaluaciones de las personas que participan en procedimientos jurídicos y de otra naturaleza. Mientras que los teóricos de la justicia procesal pueden estar en desacuerdo respecto de los factores específicos que son importantes para explicar en qué reside la justicia de los procedimientos, todos concuerdan en que “la gente es notablemente sensible al proceso y a los procedimientos que experimentan en sus contactos con el derecho”.<sup>308</sup> Por tanto, si hubiera que extraer alguna proposición central del amplio cuerpo de investi-

<sup>306</sup> Véase Röhl (1993a; 1997), quien ofrece un panorama de este campo de investigación y establece conexiones con cuestiones e investigaciones relacionadas en la sociología y la filosofía del derecho, en especial en idioma alemán.

<sup>307</sup> Röhl (1993a, p. 5) distingue al menos tres enfoques amplios: un enfoque socio-psicológico; un enfoque sociológico, y un enfoque normativo-filosófico. Véase también Arts y van der Veen (1992, pp. 163 y ss.) sobre los puntos de contacto entre justicia procesal y sociología del derecho.

<sup>308</sup> Lind *et al.* (1990, p. 947). Como introducción amplia a la rica investigación empírica realizada en el campo de la justicia procesal y a las teorías y explicaciones que derivan de ella, véase Lind y Tyler (1988).

gación empírica sobre la justicia procesal, podría ser la siguiente: *el proceso para alcanzar decisiones sociales posee un valor propio para los participantes,*<sup>309</sup> *y este valor es independiente, en un grado que puede ser objeto de medición, del valor del resultado para dichos participantes.*

Esta proposición central de la teoría de la justicia procesal puede ser utilizada para examinar tres supuestos sobre la eficiencia de los procedimientos judiciales, tal como podrían ser defendidos por un enfoque puramente económico:

- El estilo “inquisitorio” de procedimiento judicial es más eficiente, y por tanto, preferible al modelo “contradictorio” de litigio, porque pone un mayor grado de control en manos del juez.<sup>310</sup>
- El arreglo extrajudicial y otros mecanismos menos formales de resolución de conflictos, como el arbitraje, la mediación y la conciliación, son más eficientes en términos de costos y duración y, por tanto, son preferibles frente al procedimiento judicial formal.
- El valor esperado de una sentencia, así como los costos y la duración asociados con un procedimiento judicial, es ciertamente el factor más importante, si no el único, que afecta la satisfacción del litigante;<sup>311</sup> por tanto, la eficiencia, definida como minimización de la suma de costos por error y costos directos, prevalece sobre las consideraciones de justicia procesal.

John Thibaut y Laurens Walker, dos investigadores pioneros en el campo de la justicia procesal, propusieron una teoría que afirma, de manera específica en un contexto jurídico, que el modelo procesal más adecuado para el logro de la justicia distributiva en controversias que impliquen un agudo conflicto de interés, es, tanto por motivos subjetivos como objetivos, el modelo contradictorio angloamericano (*adversarial model*).<sup>312</sup>

<sup>309</sup> Para una discusión teórica general del valor independiente del procedimiento, véase Summers (1974).

<sup>310</sup> Para una caracterización de los estilos “inquisitorio” y “contradictorio” del procedimiento, véase Damaška (1986, pp. 3-6).

<sup>311</sup> *Cfr.* Lind *et al.* (1990, p. 955).

<sup>312</sup> Thibaut y Walker (1978, pp. 551 y ss.). Thibaut y Walker basaron su teoría en trabajos experimentales, cuyos resultados iniciales publicaron en *Procedural Justice: A Psychological Analysis* en 1975. Los experimentos y sus implicaciones son descritos y examinados en Lind y Tyler (1988, pp. 12 y ss., 17 y ss., 39 y ss., 117 y ss.).

Thibaut y Walker hicieron primeramente una distinción entre los objetivos de la “verdad” y la “justicia” en la resolución de conflictos. La “verdad” es el objetivo de la resolución de controversias si el conflicto implica determinar la visión más exacta de la realidad de acuerdo con un criterio, como sucede en las controversias científicas. Por el contrario, el objetivo será la “justicia” si el conflicto gira alrededor de la asignación de resultados, como cuando se trata de reclamaciones contradictorias respecto de la división de activos o pérdidas. La justicia distributiva se logra cuando “los resultados últimos son distribuidos entre las partes contendientes en proporción a sus respectivas contribuciones o *inputs* a la transacción que dio origen a la controversia”.<sup>313</sup> Por ejemplo, los procedimientos jurídicos se ocupan de la asignación de resultados, es decir, de la resolución de conflictos de interés.<sup>314</sup>

Enseguida, Thibaut y Walker afirman que un sistema procesal que tiene el propósito de lograr la justicia distributiva funcionará de manera óptima si el *control del proceso*<sup>315</sup> se asigna a los contendientes, pues “las partes contendientes mismas están mejor calificadas para describir sus respectivos *inputs* o contribuciones a la transacción”.<sup>316</sup> De manera típica, las partes poseen mayor información que un tercero. Los terceros encargados de decidir interpretan y evalúan el comportamiento de los contendientes de manera distinta a como lo hacen éstos mismos, y tales diferencias afectan sus conclusiones en relación con la causalidad.<sup>317</sup> La libertad de los contendientes para controlar la manifestación de sus pretensiones “constituye la mejor garantía de que subsecuentemente creerán que se ha hecho justicia con independencia del veredicto”.<sup>318</sup> Por otra parte, el control sobre la decisión debería permanecer en manos del tercero, porque los contendientes no están en posición de evaluar la importancia relativa de las pretensiones del contrario.<sup>319</sup>

<sup>313</sup> *Ibidem*, pp. 541 y ss.

<sup>314</sup> *Ibidem*, pp. 541 y 543.

<sup>315</sup> *Ibidem*, pp. 545 y ss. Consideran la distribución del control entre los participantes en el grupo procesal como el factor más significativo en la caracterización de un sistema procesal. Se hace una distinción entre el “control sobre la decisión” y el “control sobre el proceso”. Este último se “refiere al control sobre el desarrollo y la selección de información que constituirá la base para la resolución de la controversia” (p. 546).

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 549.

<sup>317</sup> *Idem*.

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 551.

<sup>319</sup> *Idem*.

Como sería de esperar, la fuerte tesis de Thibaut y Walker a favor del modelo contradictorio angloamericano ha provocado reacciones igualmente fuertes, particularmente contra su afirmación de la superioridad objetiva de este modelo.<sup>320</sup> Así, por ejemplo, se combate la validez de sus conclusiones señalando que se basan en experimentos y no en situaciones de la vida real.<sup>321</sup> Se ha argumentado que la preferencia por el procedimiento contradictorio puede tener sus raíces en un sesgo cultural más que en preferencias universales, y que el modelo inquisitorio ha sido falseado, pues no corresponde a la realidad. Y, de hecho, algunos de los experimentos de Thibaut y Walker sobre la exactitud de las pruebas y las decisiones podrían interpretarse como favorables al sistema inquisitorio, puesto que se demostró que la información reunida y presentada por los abogados y testigos en contextos contradictorios podía estar incompleta o sesgada.<sup>322</sup>

Es posible dar respuesta a estas críticas de manera bastante convincente, y Thibaut y Walker mismos anticiparon la respuesta a algunas de ellas. Así, si bien pueden no haber sido ideales desde un cierto punto de vista, los experimentos tenían fuertes justificaciones teóricas y prácticas.<sup>323</sup> Para contrarrestar la objeción del sesgo cultural, sus experimentos fueron replicados en Inglaterra, Francia y Alemania, con resultados similares.<sup>324</sup> La caracterización de los sistemas contradictorio e inquisitorio se basó en la variable “control del proceso” y no necesariamente tenía el propósito de reflejar los procedimientos de la vida real.<sup>325</sup> Por último, aunque Thibaut y Walker manifestaron su preferencia por el sistema contradictorio, no obstante sus posibles deficiencias en términos de exactitud o costos, lo hicie-

<sup>320</sup> Röhl (1993a, p. 10).

<sup>321</sup> Para un examen crítico de la evaluación de sistemas procesales en experimentos de laboratorio, véase Hayden y Anderson (1979).

<sup>322</sup> Estos experimentos, y estudios similares de otros investigadores que también son desfavorables al procedimiento contradictorio en este aspecto, son descritos en Lind y Tyler (1988, pp. 19 y ss., 114 y ss.).

<sup>323</sup> *Ibidem*, pp. 41 y ss.

<sup>324</sup> A pesar de los resultados experimentales, se continúa cuestionando la influencia de los sesgos culturales. Röhl (1993a, p. 14) arguye que la muestra de estudiantes alemanes era demasiado pequeña (p. 30) y que la difusión de las nociones populares sobre el procedimiento judicial angloamericano por los medios de comunicación (principalmente la televisión) puede haber desempeñado un papel significativo. Véase también Vidmar (1999, pp. 43 y ss.).

<sup>325</sup> Thibaut y Walker (1978, p. 552) expresamente señalan que no adoptaron la concepción del sistema contradictorio como un “juego” o un “combate”.

ron a partir del supuesto de que la justicia era más importante que la exactitud, si el conflicto se tenía que ver, como sucedía, en su opinión, en la mayoría de las controversias jurídicas, con la distribución de resultados, y los resultados, según se recordará, son justos si reflejan los *inputs* relativos de las partes a la relación subyacente.<sup>326</sup>

Investigaciones posteriores a la obra de Thibaut y Walker se han enfocado a la identificación e interpretación de los llamados “efectos” de la justicia procesal, es decir, los factores que, según los participantes en un procedimiento, contribuyen probablemente a su justicia. La interpretación se refiere principalmente a la importancia de estos factores en su relación mutua, y su influencia sobre el grado de aceptación de resultados específicos por estos participantes.<sup>327</sup> Tales estudios han confirmado, en general, la conclusión de que el procedimiento es importante en relación con la percepción de la justicia de un resultado. Recientemente, han ido más allá, sugiriendo que el procedimiento cumple con funciones expresivas que no están relacionadas con el resultado,<sup>328</sup> y que la justicia procesal responde al dilema más fundamental y universal de la relación entre el individuo y la colectividad.<sup>329</sup>

Lo anterior tiene implicaciones para el diseño y la evaluación de los mecanismos de resolución de conflictos, y de manera particular, para el lugar que ocupan las consideraciones de eficiencia en tal contexto, como lo muestra el llamado “arbitraje ordenado por el tribunal” (“*court-ordered arbitration*”) en los Estados Unidos. Los programas de arbitraje ordenado por el tribunal implican la remisión obligatoria de un cierto tipo de asuntos civiles a una audiencia arbitral.<sup>330</sup> Puesto que ofrecen la posibilidad de un procedimiento contradictorio, pero con un grado menor de formalidad, en contraste con un juicio ordinario, tales programas han sido adoptados con frecuencia por los tribunales federales y estatales como un mecanismo promotor de la eficiencia que tiene por propósito acelerar la resolución de los asuntos y reducir los costos.<sup>331</sup>

<sup>326</sup> *Cfr.* Lind y Tyler (1988, p. 113).

<sup>327</sup> Véase Tyler (1988) y (1990) para una discusión de la conexión entre los efectos de justicia procesal y la legitimidad del derecho y las instituciones públicas.

<sup>328</sup> Otra visión sobre el valor del procedimiento como procedimiento y su significado simbólico puede encontrarse en Summers (1974) y Garapon (1985; 1997).

<sup>329</sup> Lind (1994).

<sup>330</sup> Hensler (1990, p. 400).

<sup>331</sup> *Ibidem*, pp. 401 y ss.

Sin embargo, la evaluación empírica de estos programas de arbitraje ha producido resultados mixtos en relación con la eficiencia.<sup>332</sup> Así, por ejemplo se ha determinado que tales programas no son necesariamente más rápidos o baratos que los procedimientos judiciales ordinarios,<sup>333</sup> ya que en la mayoría de los casos no ofrecen una alternativa al juicio sino al arreglo logrado fuera de audiencia.<sup>334</sup> Si consideramos además que los litigantes han manifestado en general su satisfacción con este tipo de procedimiento, independientemente de que logre sus metas de mayor eficiencia, debería quedar claro que tanto la ausencia de un procedimiento formal como las formalidades excesivamente tardadas y costosas deben ser revaluadas si la reforma judicial ha de tener éxito en este terreno.<sup>335</sup>

Así, los tres supuestos orientados a la eficiencia del procedimiento judicial que se mencionaron anteriormente tendrían que ser desechados o modificados si la justicia procesal, es decir, el valor intrínseco de un procedimiento justo, es valorada seriamente como meta social. Esto no quiere decir que las consideraciones de eficiencia u otros objetivos deseables no sean importantes para el diseño y el desempeño de los procedimientos judiciales reales. De hecho, la mejor solución se encontraría en los “procedimientos híbridos” que, al mismo tiempo que conservan los efectos benéficos de la justicia procesal, son capaces de incorporar esos otros objetivos.<sup>336</sup>

Así, por ejemplo, el estilo procesal contradictorio en asuntos civiles que es típico de la tradición angloamericana ha sido criticado tanto por los incentivos que ofrece para distorsionar los elementos de prueba como por los costos y la complejidad de su procedimiento de exhibición (*discovery*) y audiencia.<sup>337</sup> Para resolver este problema, se ha propuesto que la responsabilidad en la investigación de los hechos y en la obtención de las pruebas sea trasladada de las manos de las partes a las del juez, según la práctica en los sistemas jurídicos continentales.<sup>338</sup> Sin embargo, para te-

<sup>332</sup> *Ibidem*, p. 408.

<sup>333</sup> *Ibidem*, pp. 408 ss. Véase también MacCoun (1991).

<sup>334</sup> Hensler (1990, p. 407). Según veremos más adelante, esta es precisamente la consecuencia que predice el análisis económico de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 415.

<sup>336</sup> Thibaut y Walker (1978, pp. 559 y ss.) reconocieron la posibilidad de “conflictos mixtos”, donde era difícil distinguir entre los elementos de verdad e interés, y para tal eventualidad recomendaban un procedimiento de dos brazos.

<sup>337</sup> Langbein (1985, p. 823). Véase también Gagan (1991).

<sup>338</sup> Langbein (1985, pp. 824 y ss.).

ner éxito en términos sociales, tal propuesta tendría que tener en cuenta la justicia procesal, respetando y salvaguardando el interés de las partes en ser debidamente escuchadas.<sup>339</sup>

No obstante, una combinación compatible de elementos contradictorios e inquisitorios no puede lograrse sin cambios en el contexto institucional más amplio de la función judicial.<sup>340</sup> Estos cambios pueden resultar más costosos y problemáticos de lo que pudiera sugerir la dimensión procesal, y pueden conducir a la conclusión de que, si se toman en cuenta otros aspectos del entorno social y político *particular* de las instituciones judiciales, la ineficiencia puede ser deseable e incluso inevitable. Se ha dicho entonces que la supuesta “ventaja” de los sistemas continentales, como el alemán, reside en la existencia de una burocracia judicial eficiente, con altos estándares en su formación y desempeño. Tal especialización implica un grado de concentración y centralización, que sería muy difícil de lograr en los Estados Unidos, dada su extrema diversidad social y su fragmentación política.<sup>341</sup> No obstante estos certeros argumentos contra el trasplante apresurado de las instituciones jurídicas, resulta, por ejemplo, que la llamada gestión de asuntos (*case management*) en el procedimiento judicial angloamericano no es otra cosa que el intento por privar de algún grado de control a las partes y transferirlo al juez, lo que ha sido justamente percibido como una forma de burocratización. Luego entonces, parece que los modelos procesales sí pueden trasplantarse... bajo un ropaje distinto.

## II. DERECHO, ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA

El primer apartado de este capítulo dejó sin respuesta dos conjuntos interrelacionados de cuestiones. La primera serie se refiere a la relación entre el AED y la SD. Hemos descrito anteriormente un modelo económico del litigio y uno sociojurídico. Su comparación muestra coincidencias y divergencias evidentes. Las coincidencias parecen radicar en un modelo de decisión racional y en la utilización de pruebas empíricas. Ambos enfoques

<sup>339</sup> *Ibidem*, p. 855.

<sup>340</sup> *Idem*. Defiende la creación de incentivos que se asemejen a los de la carrera judicial en los países europeos, como cambio que debe acompañar la transferencia de control al juez.

<sup>341</sup> Como lo señala Gross (1987, pp. 748 y ss.), quien responde directamente al ensayo de Langbein (1985). Otro intento razonado por vincular el estilo procesal con las variables políticas e ideológicas puede encontrarse en Damaška (1973; 1986).

parecen considerar al derecho como un elemento indeterminado tanto en el acceso a los tribunales como en los resultados del litigio judicial. Las divergencias se derivan de los resultados de la investigación empírica y de su interpretación, particularmente por lo que se refiere a la identificación de los factores sociales que modifican o rebasan el papel del comportamiento maximizador del individuo. ¿Cuál es, entonces, el significado de tales coincidencias y divergencias? Más adelante se ofrecen algunos elementos para responder a esta pregunta.

Nuestro propósito, sin embargo, no es el de analizar imparcialmente, por así decirlo, la relación entre AED y SD, por dos razones. La primera es que este estudio no se ocupa de los aspectos puramente técnicos del desempeño judicial, sino que también pretende ligarlo a la función general de los tribunales en el sistema jurídico y en la sociedad, con lo cual se sitúa conscientemente en el contexto de un enfoque sociojurídico. En segundo término, la relación entre ambas perspectivas radica, en última instancia, en la organización del conocimiento social, lo cual requiere más bien una explicación de tipo sociológico. Las cuestiones relacionadas con el significado del AED respecto del enfoque sociológico del derecho, o las relativas a la contribución de aquél en la evaluación del funcionamiento de los tribunales, constituyen otros tantos objetos del análisis sociológico.

Dos aspectos particulares vienen a la mente en relación con estos planteamientos: el uso de hipótesis o modelos económicos en la investigación empírica sociojurídica y la metodología del AED. Como lo hemos mostrado, numerosos estudios sociojurídicos han adoptado, ya sea en virtud de sus conceptos, hipótesis o resultados, o bien como consecuencia de una opción explícita, un marco teórico y conceptual derivado de los modelos de decisión económica. La pregunta es si tal adopción equivale a reconocer tácitamente que el enfoque económico ofrece, en general, mejores herramientas teóricas y metodológicas para analizar los procesos judiciales, como lo sostienen algunos economistas,<sup>342</sup> o, sencillamente, si significa que el análisis económico puede ser aplicado fructíferamente a cualquier campo de la acción social, siempre que sus hipótesis, métodos o resultados sean aceptados como susceptibles de crítica o modificación a la luz de las preocupaciones y perspectivas específicas de otras disciplinas.

Si el enfoque económico posee alguna ventaja en absoluto, ésta parece radicar más en el *modo* en el que define un problema y lo operacionaliza

<sup>342</sup> Véase Cooter y Rubinfeld (1990).

para los efectos de un análisis fructífero, que en la validez intrínseca o empírica de sus hipótesis subyacentes. El enfoque económico trabaja con la definición de hipótesis iniciales simples respecto de variables y restricciones. Más adelante, tales hipótesis pueden ser modificadas o hacerse más complejas de modo controlado. El objetivo del análisis formal (matemático) consiste esencialmente en ofrecer una definición rigurosa de las relaciones entre las hipótesis y las condiciones que se les aplican. El modelo así definido permite deducir consecuencias e implicaciones, las que pueden ser objeto de pruebas empíricas. Por tal razón, la SD puede validar e incorporar los resultados empíricos obtenidos por el AED, pero también puede ser inducida a realizar investigaciones empíricas propias, así como a reflexionar, para sus propios fines, sobre el hecho de que las explicaciones económicas y sociológicas tiendan a divergir.

El segundo conjunto de cuestionamientos se refiere a la relación entre los conceptos de justicia y eficiencia como fines del proceso judicial. Para los propósitos de su examen, el problema se redefinirá de manera más general en términos del funcionamiento de los sistemas jurídico y económico en la sociedad moderna.

### *1. La SD y el AED como disciplinas autónomas*

Antes de intentar aclarar la relación entre los enfoques económico y sociológico en relación con el derecho, resulta conveniente examinar el estatuto científico de ambos tipos de análisis. De manera específica, este estatuto está definido por la relación de éstos con sus disciplinas matrices —la economía y la sociología— así como por la naturaleza y los problemas que les plantea su objeto, el derecho.

Para los efectos de un primer acercamiento al problema, empezaremos analizando el estatuto científico de la SD, lo cual ofrecerá un marco útil para realizar un examen similar del AED. Ambos análisis conducirán luego a una comparación de ambas disciplinas.

#### *A. La SD como disciplina autónoma*

Mucho de lo que se ha dicho y escrito en tiempos recientes sobre el estatuto científico de la SD refleja un estado de insatisfacción con los logros empíricos, teóricos y prácticos de la disciplina. Sin duda, la SD ha alcanza-

do un cierto grado de autonomía frente a la ciencia jurídica y la sociología, definiéndose por su relativa separación respecto de ambas tradiciones intelectuales y por la construcción de un aparato conceptual y temático original. Por otro lado, la misma autonomía que disfruta la SD ha contribuido al “doble ostracismo” que sufre por parte de los juristas y los científicos sociales. Según parece, la SD es incapaz entonces de escapar a la polémica cíclica con la ciencia social, a la cual ha incorporado y “corregido” selectivamente, o con la cultura jurídica interna de los juristas, frente a la cual se considera como alternativa.<sup>343</sup>

La SD ha desarrollado así una relación ambigua con ambas disciplinas, oscilando entre la cultura sociológica y la cultura jurídica,<sup>344</sup> entre una sociología jurídica de sociólogos y una sociología jurídica de juristas,<sup>345</sup> entre el modesto papel de sirviente de la ciencia jurídica y la tarea más exigente de la explicación de las funciones sociales de la regulación jurídica.<sup>346</sup> Para empeorar las cosas, justamente cuanto ha logrado establecerse como disciplina institucionalizada y reconocida, se dice que la SD ha entrado en un estado de crisis, definido por su incapacidad para enfrentar los desafíos que le plantean los nuevos paradigmas científicos y para superar los debates que acompañaron su nacimiento.<sup>347</sup>

Con el fin de obtener una idea más clara de lo que pueda ser el estatuto científico de la SD, propongo considerarla como en oscilación perpetua entre tres polos, no sólo dos, frente a la radiación de fondo de la sociología general y la ciencia jurídica. En consecuencia, la SD puede ser definida como:

- *Instrumento de una ciencia y teoría jurídicas orientadas a las políticas públicas (policy)*: la crítica del “formalismo” jurídico y el uso de métodos empíricos en una investigación social de orientación reformista han penetrado de manera creciente en el campo del derecho y las instituciones jurídicas. Sin embargo, no queda claro, en modo alguno, que la SD haya logrado incorporar los conceptos de la ciencia

<sup>343</sup> Ferrari (1990b, pp. XXIX y ss.).

<sup>344</sup> *Ibidem*, pp. XXXIV y ss.

<sup>345</sup> Véase Arnaud y Fariñas Dulce (1996, pp. 18 y ss., 119 y ss.).

<sup>346</sup> Véase Commaille y Perrin (1985).

<sup>347</sup> Arnaud y Fariñas Dulce (1996, pp. 51 y ss.).

social en la ciencia jurídica, o traducirlos en políticas y reformas jurídicas más amplias.<sup>348</sup>

- *Alternativa a la ciencia y la teoría jurídicas*: la SD se considera a sí misma como *explicación alternativa* de la naturaleza y las funciones del derecho en la sociedad, en relación con las construcciones intelectuales de los juristas. De acuerdo con tal concepción, la SD tiene que distanciarse del sistema jurídico, aunque al mismo tiempo tiene que comprender y tomar en serio las doctrinas jurídicas.<sup>349</sup>
- *Sociología*: aunque una SD que encuentra sus fundamentos principalmente en las teorías y los conceptos sociológicos es perfectamente legítima y posible,<sup>350</sup> muchos sociólogos del derecho no la encuentran satisfactoria, pues el derecho es considerado como un objeto ordinario que se puede confundir fácilmente con la política y los fenómenos del poder ligados al Estado,<sup>351</sup> y porque desdibuja, o niega de plano, las posibilidades de la utilización del enfoque sociológico en la formulación de políticas y reformas jurídicas.

La ambigüedad y la insatisfacción causadas por la SD tienen su razón en cada uno de estos tres polos, cada uno de los cuales la impulsa hacia los otros dos. La oscilación misma permite la adopción de posiciones intermedias. Sin embargo, estas posiciones también son incapaces de superar las ambigüedades fundamentales que definen la “autonomía” de la disciplina. Además, hay que recordar que las personas son importantes y que el polo jurídico ha ejercido una fuerte atracción sobre la SD en buena medida porque han sido más bien los juristas, y no los científicos sociales, los que han cultivado la disciplina.

<sup>348</sup> Véase Teubner (1989), así como MacLean (1993) y los trabajos reunidos en Gessner y Thomas (eds.) (1988). Como estudio de caso, *cfr.* por ejemplo Tanford (1991), en el que son los tribunales los órganos que más resistencia ofrecen a las recomendaciones de la investigación empírica y están incluso dispuestos a tomar la dirección opuesta. *Cfr.* Luhmann (1990, p. 409) y véase también Ietswaart (1984).

<sup>349</sup> Cotterrell (1995, pp. 27 y ss.).

<sup>350</sup> Luhmann (1988b; 1989) ejemplifica esta posibilidad. Véase la tabla que muestra las diferencias entre los modelos de derecho de la sociología y la ciencia jurídica en (1989, p. 21).

<sup>351</sup> Commaille y Perrin (1985, p. 99). Según lo señala Roger Cotterrell, en esta versión de la SD, no hay comparación con la doctrina jurídica, es decir, con el funcionamiento institucionalizado de las reglas, los principios, conceptos y modos de razonamiento jurídico. Cotterrell (1995, p. 28).

## B. El AED como disciplina autónoma

El AED, tal como se ha desarrollado sobre todo en los Estados Unidos desde la década de los sesenta, disfruta también de un cierto grado de autonomía frente a ambas disciplinas matrices.<sup>352</sup> En virtud de que ha adoptado, en general, un enfoque económico más bien estricto en relación con los problemas jurídicos,<sup>353</sup> no puede decirse que el AED sufra de las mismas ambigüedades y problemas de identidad que afectan a la SD. Toca determinar, enseguida, si los tres polos entre los que oscila la SD son de utilidad también para situar al AED en el contexto de sus ambiciones intelectuales y científicas. Así, el AED puede ser visto como:

- *Instrumento de una ciencia y teoría jurídicas orientadas a las políticas públicas*: el AED tiene el objetivo explícito de convertirse en la nueva ciencia de la política jurídica, o más modestamente, de clarificar las consecuencias alternativas que se asocian con las diferentes opciones de regulación jurídica.<sup>354</sup> La validez de este enfoque está garantizada por una concepción instrumental del derecho, por la hipótesis de que la maximización de la utilidad individual ocurre también en el campo del comportamiento jurídico, y por la naturaleza explícitamente normativa de la economía. En última instancia, este tipo de análisis económico va en contra de la autonomía de la ciencia jurídica tradicional.<sup>355</sup> Sin embargo, la pregunta que se plantea entonces es si el proyecto de la “economización” de la ciencia jurídica se puede consumir exitosamente, aún en un campo jurídico limitado.<sup>356</sup>

<sup>352</sup> Véase, por ejemplo, Cooter y Ulen (1988, pp. 11 y ss.) y Deakin (1996, pp. 66, 93).

<sup>353</sup> Deakin (1996, pp. 66 y ss.), quien, por esta razón, lo distingue del movimiento más amplio de “derecho y economía” (“*law and economics*”).

<sup>354</sup> Cooter y Ulen (1988, p. 10).

<sup>355</sup> Y este ataque contra la autonomía de la ciencia jurídica tradicional, que algunas versiones del AED comparten con el movimiento de los *Critical Legal Studies*, es intencional, no accidental. Véase Chiassoni (1992, pp. 141 y ss.) y Mercado Pacheco (1994, pp. 173 y ss.).

<sup>356</sup> El AED también puede ser sometido a crítica desde la perspectiva económica. Para algunos, sus enfoques son demasiado estrechos, incluso en términos económicos, pues no ha logrado incorporar los avances recientes de las corrientes económicas mayoritarias ni mostrado interés en los avances de otras ciencias sociales. Deakin (1996, pp. 66, 93 y ss.). Incluso el nivel técnico de análisis económico que despliegan algunos proponentes del AED puede considerarse insuficiente. Frank (1986, pp. 207 y ss.).

- *Alternativa a la ciencia y la teoría jurídicas*: aunque inicialmente el enfoque económico se ha aplicado a un conjunto más bien limitado de problemas jurídicos, nada impide ampliarlo para incluir toda clase de actividades jurídicas, del mismo modo como se ha aplicado a otros tipos de comportamiento social.<sup>357</sup> Aunque pueda encontrarse ya en una situación de relativo declive y de “rendimientos decrecientes”,<sup>358</sup> es posible documentar, en cambio, la continua y creciente influencia del análisis económico en el campo del derecho.<sup>359</sup> A pesar de ello, un AED de este tipo no podrá prescindir de categorías y conceptos jurídicos más tradicionales, lo que, a su vez, lo hará gravitar hacia el polo jurídico, más aún de lo que lo hace una SD autónoma, debido a la tendencia del análisis económico de abordar preferentemente cuestiones instrumentales planteadas externamente y de ofrecer soluciones normativas. Por otra parte, si el análisis económico tiende a considerar como indeterminada la influencia del derecho, porque los tomadores de decisiones racionales han internalizado las normas jurídicas, entonces el AED debería gravitar más bien hacia la economía, de modo que un polo intermedio o autónomo tendería a desaparecer.
- *Economía*: el AED nació en parte por la preocupación de los economistas respecto del papel de las instituciones y las normas jurídicas como factor de promoción, o como obstáculo, para las soluciones económicas eficientes. Ronald H. Coase, uno de los fundadores más reconocidos de la moderna escuela del AED no tenía ninguna pretensión de hacer una contribución al *pensamiento jurídico* al incorporar el funcionamiento de las normas y las instituciones jurídicas al análisis económico. Por el contrario, su propósito era el de criticar la noción *económica* de que las fallas del mercado son una razón suficiente para la intervención del Estado. La intervención misma es costosa, por lo que ésta solamente será eficiente si la remoción de los obstáculos al intercambio en el mercado es más costosa que la intervención estatal.<sup>360</sup> Más aún, el famoso teorema que lleva su nombre señala, simplemente, que en ausencia de costos de transac-

<sup>357</sup> Véase Becker (1986). Posner (1995) afirma precisamente que el análisis económico se está aplicando a una gama más amplia de problemas que el análisis sociojurídico.

<sup>358</sup> Korobkin y Ulen (2000, pp. 1053 y ss.).

<sup>359</sup> Al menos en los Estados Unidos.

<sup>360</sup> Véase su famoso ensayo “*The Problem of Social Cost*” en Coase (1988, pp. 95-156). Véase también Chiassoni (1992, pp. 51 y ss.).

ción, el mercado llegará a una asignación eficiente de los derechos de propiedad, sin importar cuál haya sido la asignación inicial.<sup>361</sup> En esta visión, el derecho no tiene significado independiente *como tal*, sino que el papel de la regulación jurídica será interpretado, por ejemplo, a la luz de su impacto sobre los costos de transacción, y la asignación inicial de derechos resulta irrelevante si éstos pueden ser intercambiados en forma libre.

El Teorema de Coase enseña que, al igual que la sociología, la economía es capaz de analizar el derecho en respuesta a sus propias necesidades teóricas internas,<sup>362</sup> y tal análisis no estará en correspondencia con la concepción que el derecho tenga de sí mismo o de sus preocupaciones prácticas inmediatas. Así, por ejemplo, las sanciones jurídicas pueden ser vistas simplemente como un precio al comportamiento,<sup>363</sup> más que como consecuencia necesaria de la violación de una obligación *válida* que pretende prevalecer sobre cualquier otro motivo o consideración. En cambio, la visión económica somete al comportamiento a un análisis de costos y beneficios, de modo que un actor racional puede llegar a la idea (económicamente plausible) de que, bajo ciertas condiciones, la violación de un contrato es eficiente.<sup>364</sup> Y aún cuando la teoría económica utilice conceptos tales como “contrato” o “derechos de propiedad”, estos conceptos no necesariamente tendrán equivalencia con su uso jurídico habitual.<sup>365</sup>

### C. *¿Enfoques rivales o complementarios?*

El análisis del estatuto científico del AED y la SD con base en un marco común revela similitudes y contrastes interesantes. Ambas disciplinas disfrutan de cierto grado de autonomía frente a su disciplina objeto, la ciencia y la teoría jurídicas, así como respecto a sus disciplinas matrices, la econo-

<sup>361</sup> Véase Cooter (1989, pp. 64 y ss.).

<sup>362</sup> Coase (1978, p. 205) señala que el “imperialismo” económico será fructífero y duradero solamente si es dictado por las exigencias de la explicación económica. “En la medida que sea requerido por su objeto, podremos esperar que el rango de estudios realizados por los economistas se amplíe permanentemente”.

<sup>363</sup> Para Veljanovski (1990, p. 7), el derecho no es otra cosa que una gigantesca máquina de precios que crea incentivos o desincentivos para el comportamiento humano.

<sup>364</sup> Véase Teubner (1992, pp. 128 y ss.), quien ofrece ejemplos de los distintos valores que el sistema económico puede fijar a las medidas jurídicas, incluyendo la indiferencia.

<sup>365</sup> Véase, por ejemplo, Barzel (1989, p. XI).

mía y la sociología. Sin embargo, aunque tal autonomía constituye una ventaja, también las expone a la crítica y las impulsa hacia un movimiento oscilatorio de retroalimentación, dudas y confirmaciones cíclicas.

En el caso de la SD, los problemas de identidad de la sociología misma y su competencia reflexiva respecto de la sociedad en su conjunto quizá contribuyan a conferirle un grado más elevado de autonomía como explicación alternativa del derecho. En cambio, esto parecería ser menos cierto respecto del AED. Sin duda, la teoría económica puede ofrecer una explicación alternativa del comportamiento jurídico. Sin embargo, la aplicación de las hipótesis y las herramientas económicas a los problemas jurídicos no necesariamente se traduce en una explicación autónoma del derecho, en el mismo sentido en el que pretende proporcionarla la SD, pues la teoría económica carece de las cualidades de “reflexión externa” que posee la sociología respecto de toda conducta social.<sup>366</sup> Dicho en otros términos, el núcleo de las hipótesis económicas sobre el comportamiento,<sup>367</sup> de las cuales carece la sociología, tienen más un *significado metodológico* que un valor explicativo en términos de causalidad,<sup>368</sup> al menos en el corto plazo. Cuando son aplicadas rigurosamente al comportamiento “no económico”, estas hipótesis contribuyen a generar modelos de análisis más o menos poderosos, dejando poco espacio para un “valor” propio del comportamiento que es objeto de explicación.

En consecuencia, uno esperaría que el AED fuera dependiente de los “inputs” (definición de problemas, cuestiones no resueltas) proporcionados por la ciencia jurídica, la teoría económica o incluso la SD.<sup>369</sup> En su dimensión explicativa, el AED se verá atraído ya sea al polo jurídico o al económico.<sup>370</sup> Su núcleo autónomo radicará en su metodología para el aná-

<sup>366</sup> Por “cualidades reflexivas externas” entendemos el hecho de que la sociología, a pesar de formar parte de la sociedad, la observa y reflexiona sobre ella como si se encontrara fuera de ella.

<sup>367</sup> Véase Becker (1986) y Cooter (1995, pp. 54 y ss.).

<sup>368</sup> Véase Johnston (1990, pp. 1228 y ss.).

<sup>369</sup> Véase, por ejemplo, el estudio en Castellano *et al.* (1970) para determinar si los litigantes son discriminados por razón de su *status* socioeconómico. La discriminación se midió en términos de dilación y se operacionalizó como diferencia entre la duración promedio de los procedimientos en los que los litigantes tienen un interés objetivo en dilatarlos, y la duración de aquellos en los que tienen interés en su rápida resolución.

<sup>370</sup> Otra consecuencia sería una distinción mucho más clara entre los grupos de economistas y juristas que cultivan el AED. La historia y los trabajos actuales en el AED parecen confirmar esta observación.

lisis de los problemas planteados o motivados por otras disciplinas,<sup>371</sup> lo cual podría tener por consecuencia tanto un espacio para una fructífera cooperación interdisciplinaria, como para el temido “imperialismo” de la ciencia económica.

Llegados a este punto, debemos examinar ahora de modo más completo la afirmación de que el análisis económico es, en sí mismo, más poderoso que la ciencia jurídica y la SD. Así, por ejemplo, Robert Cooter sostiene que el AED ha tenido tanto éxito (al menos en los Estados Unidos) porque ha sido capaz de encontrar “un nicho vacante en la ecología intelectual”, al ofrecer una teoría que predice de qué modo responden los seres humanos a los cambios en el derecho.<sup>372</sup> Richard Posner afirma que el AED ya ha examinado (al menos en los Estados Unidos) un conjunto más amplio de problemas y ha obtenido resultados más interesantes en comparación con las limitaciones metodológicas, teóricas y empíricas de la SD.<sup>373</sup> Para ambos, el éxito del AED no es accidental, pues se funda en los supuestos de la maximización, el equilibrio y la eficiencia que residen en el corazón de la teoría económica.<sup>374</sup> Estos supuestos tienen importancia capital en la explicación del comportamiento en las instituciones que coordinan las interacciones de las personas, no sólo en los intercambios de mercado, y para rechazarlos no basta con señalar que en la vida social las personas tienen otras motivaciones además del interés propio, definido en términos estrechos.

Estas hipótesis, y su inmunidad relativa frente a la crítica superficial, en verdad hacen más poderoso al análisis económico, al menos en el siguiente sentido: es un análisis más abstracto, más general y más directo que se apoya en la observación de que, *en el curso del tiempo*, el comportamiento social tiende a seguir los principios de la racionalidad económica con un cierto grado de *probabilidad*. Esto podría explicar por qué parece capaz de reconstruir y generalizar otros modelos de la ciencia social.

Sin embargo, la reconstrucción y generalización de los modelos de la ciencia social se produce a expensas de la simplificación y eliminación de

<sup>371</sup> Hay que recordar que el ensayo de Priest y Klein (1984) sobre la selección de los conflictos para el litigio fue motivado por el problema de la representatividad de las sentencias de apelación en el estudio del derecho.

<sup>372</sup> Cooter (1995, pp. 51 y 53).

<sup>373</sup> Posner (1995).

<sup>374</sup> Cooter (1995, pp. 54 y ss., 57, 59 y ss.).

otros factores.<sup>375</sup> El enfoque económico es reduccionista, no en el sentido de que reduzca todo el comportamiento a comportamiento económico, sino en que ha sido incapaz de incorporar otras dimensiones importantes de la conducta. Como lo señala el mismo Robert Cooter, el análisis económico tiene “visión de rayos X”, más que “visión periférica”, y argumenta que al estar incompleta, la teoría económica “impide a los investigadores percibir hechos que los psicólogos y los sociólogos consideran de importancia central en el derecho”.<sup>376</sup> Por tanto, la teoría económica tendría que “engrosar” la noción de interés propio al tomar en cuenta los avances de otras disciplinas sociales, como la psicología y la sociología (por ejemplo, incorporando la internalización de las normas), *pero sin abandonar el núcleo de la teoría económica*.<sup>377</sup> Dicho en otras palabras: el núcleo de la teoría económica debe servir como base para una teoría social unificada.

Con independencia de la cuestión de si una teoría social unificada pueda o deba utilizar a la ciencia económica como base,<sup>378</sup> y, por consiguiente, de la cuestión de si la SD pueda o deba tomar como punto de partida los supuestos de la decisión racional (lo que ya ha hecho en numerosas ocasiones), la relación entre ambas disciplinas puede fundarse en razones más prácticas. El AED y la SD pueden fertilizarse y criticarse mutuamente bajo tres condiciones: primera, que sean capaces de identificar problemas de mutuo interés; segunda, que ambas se beneficien de las herramientas del análisis empírico; y tercera, que logren aprender reflexivamente de los supuestos e interpretaciones teóricas de la otra disciplina. En particular, hay que señalar que existen importantes esfuerzos dentro del propio AED para reformular o matizar la idea de racionalidad y de elección racional.<sup>379</sup> Otros autores han buscado puntos de contacto o de inserción de factores sociológicos en los enfoques económicos. Así, por ejemplo, Richard H. McAdams encuentra en la noción de equilibrios múltiples elaborada por la teoría de juegos, es decir, cuando hay situaciones en que las ganancias no determinan plenamente el comportamiento, una “falla” (*gap*) en la teoría

<sup>375</sup> Panther (1995, p. 373) ofrece el ejemplo de la teoría de la anomia, la cual parecería meramente una versión del modelo económico general del delito. Sin embargo, en la medida que introduce hipótesis sobre el cambio de preferencias, dicha teoría va más allá del enfoque económico tradicional.

<sup>376</sup> Cooter (1995, p. 54).

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>378</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>379</sup> Véase, por ejemplo, Korobkin y Ulen (2000).

que abre la puerta para la inclusión de factores históricos y culturales en la explicación de arreglos sociales contingentes, sin renunciar por ello a los supuestos centrales del enfoque económico.<sup>380</sup> Estos esfuerzos tienen, entre otros, el efecto de privar a la sociología del recurso fácil y bastante estéril de solamente tratar de explicar y corregir, sin un esfuerzo teórico suficiente, las insuficiencias aparentes de la teoría económica.<sup>381</sup>

El ancho mundo de las normas —su surgimiento, evolución, aplicación y decadencia— parece ser un terreno común y fértil para la convergencia del análisis sociológico y el económico del derecho.<sup>382</sup> Desafortunadamente, las comunidades de sociólogos del derecho y la de los estudiosos del AED no parecen estar conscientes de las posibilidades de colaboración entre ambas, pues apenas toman nota de los logros intelectuales del otro.<sup>383</sup>

Hasta ahora son escasos todavía los estudios que han hecho referencia directa a los supuestos de la SD y el AED para el efecto de examinar el surgimiento y el uso de las normas sociales.<sup>384</sup> Un ejemplo en este sentido es el estudio de Robert Ellickson sobre la solución de controversias entre los ganaderos del condado de Shasta en California.<sup>385</sup> Ellickson descubrió que, en contraposición con los supuestos sobre los costos de transacción que propone el Teorema de Coase, las personas logran frecuentemente resolver sus conflictos sin prestar atención a sus derechos, esto es, que la presencia de costos de transacción no constituía una condición suficiente para la intervención del derecho.<sup>386</sup>

Desde un punto de vista sociojurídico, esta conclusión puede parecer trivial. Sin embargo, Ellickson trata de ir más allá. En tal sentido, critica las teorías sociológicas que son incapaces de ofrecer una explicación convin-

<sup>380</sup> McAdams (2004, pp. 223 y ss.).

<sup>381</sup> Véanse Cella (1990), Gephart (1995).

<sup>382</sup> Véase, por ejemplo, Cooter (1995, pp. 63 y ss.).

<sup>383</sup> Véanse Donohue III (1988) y Ellickson (1991, p. 7). Véase Etzioni (2000), quien critica la mayoría de los estudios económicos sobre las normas sociales, pues desatienden su internalización, su carácter persuasivo e histórico. Propone un nuevo paradigma de síntesis que denomina “socioeconomía”.

<sup>384</sup> Posner (2000) propone una explicación económica del surgimiento de las normas sociales, a las que considera como elementos indispensables para entender el funcionamiento de la regulación jurídica. En años recientes, los estudiosos del AED se han comenzado a ocupar de las “normas sociales” y de su relación con el derecho. Véase la bibliografía citada en Korobkin y Ulen (2000, pp. 1127 y ss.).

<sup>385</sup> Ellickson (1991). Véase la reseña de Brigham (1993).

<sup>386</sup> Ellickson (1991, p. 281).

cente del contenido de las normas. También critica todas las teorías corrientes sobre el control social, en la medida en que no proporcionan una explicación ampliamente compartida sobre la interacción entre los controles sociales informales y el sistema jurídico.<sup>387</sup> Por tanto, Ellickson desarrolla y somete a prueba, con auxilio de la teoría de juegos, una hipótesis sobre el surgimiento de normas maximizadoras del bienestar entre los miembros de un grupo compacto y sobre los incentivos que tienen para mostrar un comportamiento cooperativo.<sup>388</sup>

Otra prometedora avenida de interés mutuo puede encontrarse en la llamada “economía neoinstitucional” o ENI. En sus diferentes versiones, la ENI intenta incorporar al análisis económico, ya sea como variables endógenas o exógenas, fenómenos tales como los derechos de propiedad, las organizaciones y los procesos de decisión política, que han sido tradicionalmente desatendidos por las escuelas del pensamiento económico neoclásico.<sup>389</sup> Un enfoque que parece especialmente cercano a la sociología del derecho es la preocupación teórica de ciertos representantes de la ENI, como Douglass C. North,<sup>390</sup> respecto de la interacción de las reglas formales e informales que crean incentivos y desincentivos para el cambio institucional y el crecimiento económico en el tiempo.<sup>391</sup>

Por último, otro campo de posible reflexión fructífera, esta vez bajo la égida de la sociología, se encuentra quizá en el interés actual en la cultura y los valores como factores que afectan la interacción jurídica y el comportamiento económico. El proceso de la globalización ha atraído de nuevo la atención hacia los fundamentos culturales de la acción social, apuntando a las diferencias regionales en actitudes y valores que afectan los intercambios jurídicos y económicos, especialmente de carácter transfronterizo.<sup>392</sup> El problema es similar al abordado por algunos representantes de la ENI,

<sup>387</sup> *Ibidem*, pp. 149 y ss., 137 y ss.

<sup>388</sup> *Ibidem*, pp. 167 y ss.

<sup>389</sup> Como introducción amplia a este campo económico véase Eggertsson (1990). Véase también en Chiassoni (1992, pp. 67 y ss.) un resumen de los esfuerzos que han realizado los economistas para analizar los derechos de propiedad, la regulación jurídica y los procesos políticos en términos económicos.

<sup>390</sup> North (1990).

<sup>391</sup> Véase Ferrarese (1995).

<sup>392</sup> Véase Clegg (1990, pp. 107 y ss.), Holton (1992, pp. 179 y ss.) y Gessner (1994). Un ejemplo de la influencia de las normas culturales en las transacciones económicas puede encontrarse en los estudios sobre el *guanxi* (relaciones, conexiones) en las prácticas de negocios de las comunidades chinas. Véase Chung y Hamilton (2001).

es decir, el que plantea el análisis y la explicación del impacto de los elementos informales (aquí, los “culturales”) en los intercambios transfronterizos regidos por un marco formal común, así como la interacción y evolución tanto de los elementos informales como el marco formal.<sup>393</sup>

¿Y qué podemos decir del litigio judicial? ¿Cuál es el grado apropiado de interacción entre el análisis económico y el sociológico en relación con las variadas dimensiones de la operación de los tribunales? Aquí tendremos que distinguir entre dos niveles de análisis:

- Si se trata de las relaciones generales entre los sistemas económico y jurídico, incluyendo la generación y difusión del conocimiento económico y el jurídico, el enfoque más apropiado parece corresponder a la explicación sociológica.
- Si el punto de interés son los procesos de toma racional de decisiones en el campo jurídico en general, y en el judicial en particular, incluyendo sus efectos sobre el cambio y la evolución del derecho, será un modelo económico implícito o explícito,<sup>394</sup> quizá con matices sociológicos o psicológicos, el que sirva como punto de partida.

El alcance y significado de tales matices constituyen un objeto de interés para la reflexión. En este sentido, quizá se podría describir al AED

<sup>393</sup> Este es el desafío que enfrenta, en el lado sociojurídico, el concepto de “cultura jurídica”, el cual se refiere habitualmente a las actitudes, los valores y las opiniones, tanto de los legos como de los profesionistas, hacia el sistema jurídico (Friedman, 1975, pp. 193 y ss.). Para los propósitos mencionados arriba, tendría que ser ajustado al análisis comparado de contextos locales (por ejemplo, el arbitraje comercial internacional) y, sobre todo, ser capaz de explicar la evolución y cambio de culturas jurídicas específicas. Véanse los ensayos recogidos en Nelken (ed.) (1997), en especial la fuerte crítica de este concepto por Cotterrell y la respuesta de Friedman. Como estudio de caso sobre el sistema de paneles binacionales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que explica de qué modo las restricciones institucionales y temporales impuestas a la interacción de árbitros de dos países induce un proceso de aprendizaje que transforma las expectativas normativas de una cultura jurídica en expectativas cognitivas, véase López-Ayllón y Fix-Fierro (1999, pp. 29 y ss.).

<sup>394</sup> De acuerdo con Luhmann (1988a, pp. 272 y ss.), la referencia casi automática a la economía cuando se trata de decisiones racionales, se debe en parte a la falta de una teoría sociológica de la decisión. Tal teoría no tendría que coincidir con la explicación económica. Por tanto, Luhmann deja de lado el elemento de la racionalidad y sugiere, en cambio, considerar como decisión cualquier comportamiento que reacciona ante una expectativa dirigida a él.

como núcleo de una “*sociología del derecho orientada a la racionalidad*”.<sup>395</sup>

Sin embargo, existe otra dimensión de los tribunales que no hemos examinado todavía: la dimensión de la *organización*. Los tribunales son organizaciones de una naturaleza particular. Como tales, su análisis constituye un punto de confluencia para los enfoques sociológico y económico. Los tribunales “producen” un tipo particular de “servicio”. El acceso a ellos y su utilización pueden caracterizarse en términos de “oferta” y “demanda”. Su operación puede ser objeto de medición y evaluación en términos de costos en tiempo y dinero, así como también en términos de productividad y calidad del servicio. Ya hemos explicado por qué el lenguaje económico está permeando la gestión cotidiana de los tribunales, así como el análisis científico de la función judicial.

## 2. *El sistema jurídico y la racionalidad económica*

### A. *¿Justicia contra eficiencia?*

En el curso de este capítulo hemos hecho varias alusiones a un punto muy debatido entre el AED y la filosofía del derecho: la relación (antagónica) entre “justicia” y “eficiencia” como valores que deben ser alcanzados por el derecho. Dependiendo de la respuesta, podrán derivarse ciertas conclusiones sobre la utilidad del concepto de eficiencia para la evaluación de los tribunales como instituciones jurídicas. Conviene hacer notar que los economistas hablan de “equidad” más que de “justicia”, y por “equidad” entienden la (igual) distribución del ingreso entre los individuos.<sup>396</sup> Puesto que la justicia como valor jurídico puede ser considerada, en al menos uno de sus sentidos, en términos de igualdad (“tratar de manera igual los casos iguales”), para nuestros propósitos sustituimos “equidad” por “justicia”, tratando entonces ambos conceptos como intercambiables y equivalentes.

Enseguida debemos preguntarnos si el aparente conflicto depende meramente del punto de vista que se adopte (la perspectiva jurídica o la económica) o bien, si se trata de una cuestión de pragmatismo salomónico. Por tanto, también trataremos de determinar si las tres posiciones que se describen más adelante son tan claras como parece implicar su formulación.

<sup>395</sup> Cfr. Eder (1986) y la crítica de Frank (1986).

<sup>396</sup> Véase Polinsky (1989, pp. 7-10).

A primera vista, y con base en algunos de los argumentos que hemos encontrado en nuestro análisis del modelo económico del litigio, tres parecen ser las posiciones que pueden distinguirse al respecto:

- *El predominio de la justicia*: hay buenas razones para pensar que la justicia prevalece sobre las consideraciones de eficiencia tanto en el procedimiento como en las resoluciones judiciales. Esta posición la representa la polémica de Ronald Dworkin contra el utilitarismo y otras doctrinas orientadas hacia la política jurídica, incluyendo el AED.<sup>397</sup> Aún así, algunos representantes del AED, como Guido Calabresi, reconocen que la justicia tiene un “poder de veto”, lo que significa que la eficiencia solamente puede ser maximizada dentro de los límites definidos por las consideraciones de justicia.<sup>398</sup> Las investigaciones sobre la justicia procesal también parecen ofrecer un fuerte argumento a favor del predominio de la justicia sobre la eficiencia, el cual se hace todavía más fuerte si resulta que la percepción de las personas sobre lo que es justo depende mucho más del procedimiento que de los resultados y de lo que habían supuesto inicialmente los teóricos de la justicia procesal.<sup>399</sup>

En realidad tenemos aquí dos distinciones diferentes —procedimiento-resultados y justicia-eficiencia— y no existe razón evidente para suponer que se comportan entre sí de manera paralela. Quizá pueda demostrarse esta afirmación si interpretamos la principal conclusión de las investigaciones sobre justicia procesal ya sea en términos de justicia o de eficiencia. Si así fuera, podremos darnos cuenta entonces de que esta conclusión se refiere también al conflicto entre *dos* conceptos de justicia (justicia distributiva contra justicia procesal) y *dos* dimensiones de la eficiencia (eficiencia privada contra eficiencia social). Si los litigantes están dispuestos a sacrifi-

<sup>397</sup> Véase Dworkin (1980a y b). El argumento central de Dworkin es que si los derechos individuales tienen algún sentido para la resolución de conflictos jurídicos, éste consiste en que prevalecen sobre cualesquiera consideraciones utilitarias o instrumentales.

<sup>398</sup> Calabresi (1980; 1990).

<sup>399</sup> Esto se expresa explícitamente en Lind (1994, p. 35). Las personas “no piensan en la justicia en los términos de asignación que se encuentran con tanta frecuencia en las teorías jurídicas, económicas o psicológicas sobre la justicia”. En una línea similar, Howard *et al.* (2000): “Si el litigio y sus resultados no son justos, los ciudadanos tendrán escaso incentivo para usar el sistema judicial para resolver sus conflictos, o para cumplir u obedecer los resultados del litigio en caso de que hayan acudido al tribunal” (p. 450).

car la eficiencia privada tanto en términos de procedimiento como de resultado, porque los costos más elevados que así se generan se compensan por un sentido más fuerte de satisfacción y dignidad, los costos más elevados también pueden ser compensados por costos sociales más reducidos en términos de menor conflictividad social y mayor legitimidad y aceptación de las instituciones.<sup>400</sup> Ciertamente, desde esta perspectiva la cuestión se hace más compleja.

- *La relación inversa (trade-off) entre justicia y eficiencia:*<sup>401</sup> esta posición tiene un fuerte valor intuitivo, especialmente cuando se examina en relación con los procedimientos judiciales penales, los cuales tienen que encontrar un difícil equilibrio entre los intereses y valores antagónicos de las partes y el Estado, como la celeridad procesal y el examen pleno de las acusaciones y defensas planteadas durante un juicio. Como se ha visto más arriba, esta relación inversa se genera no sólo porque la eficiencia está en contradicción con la justicia, sino porque hay diferentes conceptos de justicia que se oponen entre sí (procedimiento contra resultado, por ejemplo). Si bien el conflicto puede ser real, y la relación inversa inevitable, aquí encontramos también contradicciones complejas entre diferentes concepciones y niveles de la justicia, así como distintas perspectivas sobre la eficiencia.<sup>402</sup>
- *El predominio de la eficiencia:* Richard Posner ha propuesto la idea, muy criticada y, como él mismo señala, no siempre bien entendida, de

<sup>400</sup> Véase, por ejemplo, Paternoster *et al.* (1997), quienes afirman que un procedimiento justo por parte de los oficiales de policía llamados con motivo de un acto de violencia doméstica inhibe subsecuentes ataques, en comparación con los casos en los que la misma policía no actúa de manera procesalmente justa en la detención del sospechoso.

<sup>401</sup> Véanse, por ejemplo, Savona (1990) en relación con la justicia penal, Herrero (1993), Polinsky (1989, pp. 9 y ss., 119 y ss.).

<sup>402</sup> Véase Howard *et al.* (2000), quienes examinan cuatro posibles equilibrios entre eficiencia del resultado y justicia del procedimiento: equilibrios justos que son ineficientes; equilibrios eficientes que son injustos; equilibrios que no son ni justos ni eficientes; y equilibrios que son tanto eficientes como justos. Sin embargo, es difícil lograr este último tipo de equilibrio, pues ocurre cuando los costos del litigio son de cero y cuando son “moderados”, en un nivel del .50. Si los costos del litigio se desvían levemente de cualquiera de ambas hipótesis, “dejarían de existir la justicia o la eficiencia” (p. 450). Por tanto, concluyen que “acudir a los tribunales nunca es un resultado eficiente debido al costo que ello significa”; la pérdida de eficiencia que resulta de acudir al tribunal “con frecuencia da lugar a una mayor justicia” (p. 436).

la maximización de la riqueza (*wealth maximization*)<sup>403</sup> como un *fundamento moral* más convincente para el derecho (judicial), y como alternativa tanto frente al kantismo como al utilitarismo.<sup>404</sup> Desde esta perspectiva, no sólo resulta la eficiencia ser un componente importante de la justicia, sino que un concepto particular de eficiencia<sup>405</sup> es elevado a la categoría de fundamento del derecho y la política jurídica.<sup>406</sup> Obsérvese, sin embargo, que aquí la maximización de la riqueza se propone como un nuevo concepto de *justicia* y que si va a servir como principio o valor rector en el derecho, no puede ser aceptada simplemente como categoría *económica*.

<sup>403</sup> Posner (1979; 1990, p. 356). “Riqueza” se refiere a la suma de todos los bienes y servicios tangibles e intangibles, ponderados por precios de dos clases: precios de oferta y precios de demanda”. Como tal no es simplemente una medida monetaria.

<sup>404</sup> Posner (1979, pp. 119 y ss.).

<sup>405</sup> Coleman (1980, p. 521) afirma que la maximización de la riqueza no sólo no es un criterio alternativo de eficiencia, sino que no es un criterio de eficiencia en lo absoluto.

<sup>406</sup> De acuerdo con Posner (1979, p. 127), el principio de maximización de la riqueza implica: a) Una distribución inicial de derechos individuales a sus poseedores naturales (es decir, quienes más los valoran). b) Mercados libres que permitan la reasignación de esos derechos. c) Reglas jurídicas que simulen las operaciones de mercado cuando los costos de tales transacciones sean prohibitivos. d) Un sistema de recursos jurídicos para prevenir y reparar las invasiones de derechos. e) Un sistema de moral personal que sirva para reducir los costos de las transacciones de mercado.

En una formulación más reciente, Posner ha diluido un tanto su pretensión moral y parece favorecer, en cambio, un argumento más pragmático: la “maximización de la riqueza puede ser la ruta más directa a una variedad de fines morales”, tomando en cuenta que las personas en las sociedades en las que se permite el funcionamiento más o menos libre de los mercados no sólo gozan de mayores riquezas sino que “poseen más derechos políticos, más libertad y dignidad, se encuentran más satisfechas...”. Y si bien no está claro que algunos de estos derechos pudieran encontrar su justificación en esta perspectiva, particularmente aquellos de impronta individualista, parecen estar tan profundamente enraizados “en nuestra sociedad como para dar rienda libre a la maximización de la riqueza”. Al mismo tiempo, quizá la sociedad no esté dispuesta a pagar un precio infinito o muy elevado por la libertad. Esta es otra manera de decir que los derechos son inseparables de su valoración económica, es decir, que no pueden obtenerse sin un precio o a cualquier precio. Véase (1990, p. 374 y ss., citas textuales en las pp. 382, 380 y 379). *Cfr.* también la siguiente cita de Adams (1981, p. 45): “el contenido de un derecho solamente puede ser evaluado correcta y útilmente cuando, además de su valor nominal, según lo determine el derecho sustantivo, se conocen los costos de su defensa y los riesgos judiciales que dicho derecho importa, así como la respuesta de la persona obligada frente a esos costos y riesgos”.

Decir que la justicia o la eficiencia deben predominar como valor en el sistema jurídico, o bien, que existe una relación inversa necesaria entre ellas, puede significar también que *cada una es un componente de la otra*. Que la eficiencia económica es un componente de la justicia y la legitimidad<sup>407</sup> es una afirmación que se examinó ya en el primer capítulo de este estudio. En efecto, la eficiencia se ha convertido en un importante valor para evaluar el desempeño y la legitimidad de las instituciones sociales en la sociedad moderna, de modo que no puede haber justicia sin algún grado de eficiencia económica.<sup>408</sup> La proposición inversa —que la justicia es un elemento de la eficiencia económica— puede ser válida también. La sostienen quienes consideran la distribución inicial de derechos como una cuestión trascendente que no puede divorciarse de un análisis económico orientado hacia la eficiencia,<sup>409</sup> pero se refleja también en la importancia que se reconoce al concepto de “equidad” en la teoría económica.

Por tanto, en realidad se establece una *relación circular*, esto es, el reenvío recíproco de una a la otra, entre justicia y eficiencia. La discusión sobre el Estado de bienestar ofrece quizá un ejemplo de tal relación. Históricamente, el Estado de bienestar nació cuando se introdujeron conceptos de justicia social en el funcionamiento de los mercados no regulados. Puede decirse, por tanto, que se utilizó la justicia como correctivo de la eficiencia económica. Pero, más recientemente, también ha ocurrido lo contrario. Las consideraciones de eficiencia se proponen como correctivo necesario de los principios del bienestar, pues incluso la justicia social está sometida a las restricciones de la escasez de recursos y la llamada crisis fiscal del Estado. Así, la justicia y la eficiencia pueden ser vistas, alternativamente, una como correctivo de la otra. Más aún, las argumentaciones respectivas se llevan a cabo utilizando el concepto contrario. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando se argumenta que el nivel del gasto público en el Estado de bienestar no sólo es *ineficiente* en términos económicos, sino también *injusto* por la misma razón. Esta relación circular parece indicar, entonces, que la justicia y la eficiencia se adaptan y se refuerzan de manera recíproca *en el tiempo*.

En resumen: sin duda puede haber un conflicto entre las consideraciones de justicia y las de eficiencia en los contextos jurídicos, pero esto puede en-

407 Calsamiglia (1988; 1993) y García Pelayo (1991).

408 Ésta es la posición de John Rawls en su *Teoría de la justicia* (1973, pp. 65 y ss.).

409 Véase Calabresi (1990).

cubrir una relación más compleja de lo que se deriva de una contradicción intuitiva. En particular, estas contradicciones pueden expresarse solamente ya sea en términos de justicia o de eficiencia, o bien puede haber un reenvío recíproco entre ambos valores. En ambos casos, y en lo que concierne al sistema jurídico, es la justicia el valor predominante, ya que las demandas que se le plantean a aquél, por ejemplo, en términos de racionalidad económica, tienen que ser transformadas en un lenguaje jurídicamente aceptable, el lenguaje de la justicia. No se trata sólo de una cuestión de retórica, o de interpretaciones opuestas sobre la justicia. El conflicto, el reenvío circular y el predominio de la justicia como valor jurídico pueden ser explicados en términos de la naturaleza circular tanto del sistema jurídico como del económico y de su relación recíproca al nivel de la sociedad global.

### B. *El derecho en la colisión de los discursos*

En el apartado anterior examinamos el significado y el sitio que ocupa la eficiencia en el sistema jurídico y el judicial a través del análisis de su relación con la justicia como valor jurídico. Para completar el panorama es preciso explorar también la relación entre los sistemas jurídico y económico considerados como subsistemas funcionalmente diferenciados de la sociedad.<sup>410</sup> Para tales efectos, se ofrece enseguida un breve resumen de un ensayo del teórico alemán del derecho, Gunther Teubner.<sup>411</sup>

En su ensayo intitulado “*Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses*”, Teubner comienza preguntando si la racionalidad económica representa la nueva universalidad del derecho y si el “debilitado concepto de la justicia” está siendo sustituido por el ideal de la eficiencia económica del derecho.<sup>412</sup> Si así fuera, entonces el AED sería “el nuevo paradigma victorioso que elimina las orientaciones político-morales más antiguas del derecho”, sin tolerancia de ningún otro paradigma a su lado. Después de todo, el AED encuentra fuerte apoyo en la institucionalización a nivel social y casi mundial de la racionalidad económica y en las demandas que és-

<sup>410</sup> La teoría de los sistemas sociales funcionalmente diferenciados es un elemento central del enfoque sociológico de Luhmann. Como introducción, especialmente en relación con el sistema jurídico, véase King y Schütz (1994).

<sup>411</sup> Teubner (1997a y b).

<sup>412</sup> *Ibidem*, p. 149. Un desplazamiento que sería aplaudido por muchos proponentes del AED.

ta dirige al derecho para que éste provea formas jurídicas adecuadas al mercado y la economía.<sup>413</sup>

Para poder contestar estas preguntas, Teubner redefine el problema, situándolo dentro de una perspectiva más amplia. El problema no se refiere entonces al reemplazo de una forma de racionalidad por otra, o a la sustitución de un ideal de justicia por uno diferente, sino a las consecuencias que se derivarían de tal sustitución para el derecho. Se trata, en suma, de las demandas que *múltiples racionalidades* —no sólo la racionalidad económica, sino también la verdad, la legitimidad política y los criterios morales— le plantean al derecho y de las respuestas que esperan del sistema jurídico. Tales racionalidades son particularistas, en el sentido de que están institucionalizadas al nivel de interacciones o sistemas sociales específicos. Al mismo tiempo, también manifiestan demandas al nivel global de la sociedad y contienen rasgos de eficacia social que determinan un influjo casi irresistible sobre el derecho.<sup>414</sup> Estos valores, discursos y racionalidades chocan dentro del derecho, no sólo como simples ideales sino como prácticas sociales reales que poseen una lógica interna con enorme potencial de destrucción.<sup>415</sup>

Mientras que el derecho está protegido contra la competencia inmediata de otras universalidades por su código binario (legal-ilegal), los otros discursos dominan, sin embargo, los criterios que gobiernan la distribución de los valores legal-ilegal al nivel de los programas (normas).<sup>416</sup> La consecuencia es un pluralismo jurídico más radical que sólo la coexistencia de leyes y sistemas de reglas. Aquí, el pluralismo jurídico se refiere a la pluralidad de racionalidades incompatibles que reclaman un valor universal dentro del derecho, así como a una multiplicidad de teorías morales, políticas y económicas sobre el derecho que se encuentran en conflicto entre sí.<sup>417</sup> ¿Cómo es que el derecho puede decidir y escoger entre ellas?

<sup>413</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>414</sup> *Ibidem*, pp. 150 y ss. Estas características son las siguientes: una base material que consiste en prácticas sociales manifiestas; el desarrollo de autoconcepciones y teorías reflexivas; presencia en la ciencia y la teoría jurídicas; influencia en la práctica jurídica en forma de simulación de la lógica de los entornos sociales del derecho (“politización”, “economización”, “cientificación”, “moralización”), y la producción independiente de normas sociales como normas jurídicas en los diversos subsistemas de la sociedad.

<sup>415</sup> *Ibidem*, pp. 154 y ss.

<sup>416</sup> *Ibidem*, pp. 156 y ss.

<sup>417</sup> *Ibidem*, p. 157.

Teubner propone aceptar este conflicto, no como símbolo de decadencia sino de oportunidad productiva, y sugiere la necesidad de elaborar un nuevo concepto del conflicto de leyes.<sup>418</sup>

“En lugar de tratar de declarar, una vez más, que una de las racionalidades particulares es el fundamento más profundo del derecho y la justicia, la teoría jurídica debería desarrollar una teoría de las colisiones de los discursos que calibre el derecho precisamente ante esta pluralidad de racionalidades sociales”.<sup>419</sup>

Para lograr esto, Teubner advierte dos posibilidades: ya sea incorporar las colisiones en las operaciones del foro interno del derecho a través del razonamiento jurídico, o externalizarlas hacia las operaciones de los otros subsistemas sociales, hacia los foros sociales no jurídicos que se ocupan de los conflictos sociales.<sup>420</sup>

De acuerdo con la primera solución, que es la que nos interesa más aquí, las racionalidades *externas* (como la económica) son reconstruidas como racionalidad *local* por el derecho. El derecho las somete a la práctica local del trato igual o desigual en vista de las prácticas jurídicas pasadas y presentes. “Tratar lo que es igual de modo igual y lo desigual en forma desigual no es sólo una norma jurídica fundamental sino también un proceso dinámico de creación del derecho que desencadena series de distinciones que se impulsan a sí mismas”.<sup>421</sup> El derecho neutraliza y juridifica los discursos no jurídicos, pero solamente en la medida que concierne al reino interior del discurso jurídico.<sup>422</sup>

Sin embargo, esta solución tiene un costo. El sistema jurídico no tiene forma de saber cuáles son las consecuencias externas que resultan de este modo de tratar los discursos en colisión. Teubner examina aquí el problema del “consecuencialismo jurídico” como modo de razonamiento, es decir, la selección de alternativas jurídicas según sus posibles resultados,<sup>423</sup> así como la necesidad de identificar y reducir el número de consecuencias que son relevantes para la toma de decisiones jurídicas. Teubner plantea que el derecho debe “escuchar a la otra parte”, que debe considerar la “retraducción” de los efectos que tienen las decisiones jurídicas en

418 *Ibidem*, pp. 158 y ss.

419 *Ibidem*, pp. 160 y ss.

420 *Ibidem*, pp. 161 y ss.

421 *Ibidem*, p. 164.

422 *Ibidem*, p. 167.

423 *Ibidem*, pp. 168 y ss.

los demás discursos.<sup>424</sup> Dicho en otras palabras: la cuestión de fondo no es la predicción de las consecuencias reales de las decisiones jurídicas (particularmente en vista de la limitada capacidad de la ciencia social para proporcionarla), sino la evaluación del proceso de “traducción” y “retraducción” entre los discursos jurídicos y no jurídicos.<sup>425</sup> Así, por ejemplo, el derecho debe apoyarse en la conclusión sociológica de que las normas jurídicas son reconstituidas por otros discursos y “traducidas” en costos, posiciones de poder o instrumentos pedagógicos.<sup>426</sup>

En el contexto de las dos soluciones propuestas por Teubner, el papel del derecho ya no consiste en resolver, con autoridad y de manera definitiva, los conflictos de los discursos sociales, sino que se limita a participar en el infinito juego del *renvoi* entre los discursos cerrados y a minimizar sus tendencias destructivas cuando entran en colisión. En palabras de Teubner:

“La tarea actual del derecho ya no puede ser la reconstitución de la unidad perdida de la sociedad, sino la designación de las fronteras de identidades plurales, su protección contra el dominio por otros discursos y la limitación de los daños que causa la radiación de las colisiones entre ellos”.<sup>427</sup>

En resumen: Teubner ofrece una descripción teórica convincente de cómo y por qué la racionalidad económica penetra en el sistema jurídico, pero también de sus límites. En el siguiente apartado se ofrecen algunas conclusiones preliminares que se deducen de esta conclusión teórica.

### C. Algunas conclusiones preliminares

Llegados a este punto en la investigación, es posible obtener varias conclusiones preliminares importantes:

La primera es que en el conflicto entre justicia y eficiencia *en la arena jurídica* (no al nivel de la sociedad en conjunto), prevalece la primera, pero no porque sea un valor superior, sino porque constituye el *modus operandi* específico del sistema jurídico para resolver los conflictos que se le plantean. Tratar de manera igual lo que es igual y de modo desigual lo que es desigual, que es la forma jurídica específica de la justicia, es una norma

<sup>424</sup> *Ibidem*, pp. 170 y ss.

<sup>425</sup> Obviamente, estamos pensando en la SD y el AED como manifestaciones relativamente autónomas de este proceso de traducción y retraducción entre sistemas.

<sup>426</sup> Teubner (1997a, 170).

<sup>427</sup> *Ibidem*, p. 175.

fundamental que surge de la operación circular y recursiva del sistema jurídico mismo.<sup>428</sup> La consecuencia no es que la racionalidad económica o la eficiencia sean rechazadas como valor ajeno, con el propósito de contrarrestar la muy temida “economización del derecho”. Más bien, la consecuencia es precisamente que sean sometidas a un proceso de juridificación. Por tanto, el grado de relevancia de estos valores no jurídicos dentro del discurso jurídico no puede ser determinado *a priori* por su discurso de origen (“análisis económico”), sino *a posteriori* por su discurso de recepción.

En segundo lugar, el AED y la SD tienen un importante papel en el proceso de “traducción” y “retraducción” entre el derecho, la economía y la sociedad. Su función puede ser, por así decirlo, la de un órgano de percepción, aprendizaje y reflexión del sistema jurídico a través de la influencia que ejercen la ciencia y la teoría jurídicas, las cuales, sin embargo, permanecen separadas tanto del análisis económico como del sociológico.<sup>429</sup> Esto se aplica también a las consecuencias reales (por ejemplo, efectividad o discriminación) del derecho en la vida social —la tradicional razón de ser de la SD— en la medida que pueda ser formulada en términos de “retraducción” (por ejemplo, como un problema de justicia política o moral).<sup>430</sup>

En tercer término, las dos anteriores conclusiones son relevantes para el funcionamiento de los tribunales como centro del sistema jurídico.<sup>431</sup> Los

<sup>428</sup> Véase Luhmann (1993, pp. 214 y ss.).

<sup>429</sup> Luhmann (1993, pp. 543 y ss.) propone la posibilidad de un acoplamiento estructural entre los sistemas jurídico y científico al nivel de las teorías.

<sup>430</sup> Niklas Luhmann siempre fue muy crítico de la idea de que el sistema jurídico puede aprender algo de la sociología (véase, por ejemplo, Luhmann, 1988b). Apenas hace falta decir que la mayoría de los sociólogos del derecho rechazan esta posición, pues piensan que la investigación sociojurídica tiene que ser útil de algún modo para la práctica jurídica. Tómese, por ejemplo, la interesante cuestión planteada por Donald Black en su libro *Sociological Justice* (1989). Black considera que el descubrimiento central realizado por una sociología del derecho verdaderamente científica, es decir, que el sistema jurídico es desigual y discriminatorio en lo fundamental, entrará de nuevo en el sistema como explotación consciente de tal descubrimiento por parte de quienes se benefician de la desigualdad jurídica (pero esto es una realidad, con o sin conocimiento sociológico científico). Black mismo no parece estar a favor de esta consecuencia y muchos sociólogos del derecho de mentalidad progresista pensarán que el sistema jurídico no puede aceptarla sin tratar de contrarrestar la discriminación. Pero, nuevamente, se puede argumentar que tanto el punto de partida como la solución son más una cuestión política (el uso o el cambio del derecho) que una problema estrictamente jurídico.

<sup>431</sup> Luhmann (1993, pp. 297 y ss.) considera que los tribunales son el “centro” del sistema jurídico, en contraste con la “periferia” que forman los contratos y la legislación.

tribunales desempeñan múltiples funciones en la sociedad —principalmente de carácter político y económico— además de su papel específico en el sistema jurídico, pero nunca lo hacen —y esto es algo que se olvida con alguna frecuencia— sin referencia al derecho y sin su mediación. Por tanto, la eficiencia y la racionalidad económica constituirán una dimensión importante en la función social de los tribunales dependiendo de la situación específica de intercambio entre los discursos jurídico y económico en la sociedad.<sup>432</sup>

En cuarto lugar, así como el sistema jurídico es autónomo en su manejo de la racionalidad económica, del mismo modo lo es el sistema económico en su percepción y evaluación del derecho y las instituciones jurídicas, como lo son los tribunales. La economía no solamente es capaz de desarrollar un concepto diferente de justicia que ocupa un lugar y tiene un sentido distinto en el sistema (“equidad”),<sup>433</sup> sino que parece bien equipada para analizar (quizá en colaboración con la sociología) *otra dimensión* de los tribunales: su *dimensión operativa y organizacional*. En la medida en que los tribunales son instituciones sociales que utilizan y manejan *recursos sociales escasos*,<sup>434</sup> caen bajo la competencia de la economía y son susceptibles de ser descritos y evaluados mediante el lenguaje económico. Por tanto, los tribunales se vuelven relevantes en términos de costos (tiempo y dinero), demanda y oferta, eficiencia de producción y asignación. Y si el funcionamiento de los tribunales puede ser descrito en términos económicos, las propuestas de reforma judicial pueden ser formuladas en el mismo lenguaje.

En los siguientes capítulos, este estudio examinará con mayor detalle esta dimensión de los tribunales. A pesar de la reconocida competencia del análisis económico, este enfoque no será utilizado explícitamente aquí por varias razones:

- Este estudio se interesa, en última instancia, en la cuestión de las funciones de los tribunales en la sociedad y en una noción más amplia de efectividad judicial, de la cual la eficiencia es un elemento importante.
- El problema de los costos, la dilación, etcétera, puede ser conceptualizado en términos de oferta y demanda, pero los factores que afectan el acceso a los tribunales y su utilización son complejos y requieren además una descripción sociojurídica alternativa. Sin embargo, la di-

ficultad no es sólo científica. Los intentos por regular la demanda y la oferta de servicios judiciales basados en hipótesis puramente económicas no siempre producen los efectos deseados.

- El rechazo de Guido Calabresi al concepto de eficiencia para la evaluación del derecho, porque no toma en cuenta la existencia de costos de transacción, puede significar que, si bien podemos medir los cambios en el desempeño de los tribunales en el tiempo, no podemos valorar tales cambios en términos de eficiencia social sin un criterio externo que nos indique si la frontera se ha movido, y en qué dirección lo ha hecho.
- La mayoría de los estudios empíricos que serán utilizados para ilustrar el análisis no son económicos, aunque pueden ser leídos en términos económicos.

Los capítulos tercero y cuarto examinarán y sistematizarán la investigación empírica que es relevante para la operación y organización de los tribunales conforme a dos variables: *selectividad* y *capacidad de procesamiento*. A primera vista, estos conceptos parecen correr en paralelo a las categorías económicas de demanda y oferta.<sup>432</sup> Sin embargo, si son vistas como variables que pueden ser manipuladas para los efectivos de una mayor eficiencia y efectividad de los tribunales y los sistemas judiciales, pronto se pondrá en evidencia que, en ambos casos, tal manipulación puede llevarse a cabo tanto desde el lado de la demanda como el de la oferta. En cambio, la distinción arriba propuesta se refiere a una multiplicidad de dimensiones: la “pirámide de los conflictos”; el “efecto de filtro” de la resolución alternativa de conflictos en relación con los procedimientos judiciales; la organización interna de los tribunales; el papel del procedimiento; la importancia de la administración y la gestión, etcétera. Por la misma razón, la distinción es solamente analítica. Selectividad y capacidad de procesamiento tienen muchos puntos de contacto entre sí que pronto quedarán de manifiesto.

<sup>432</sup> Stock (1995) emplea una distinción similar (“cargas de trabajo” y “capacidad de resolución”) que también parece correr paralela a los conceptos económicos de demanda y oferta.