

PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

La idea para este estudio surgió hace más de diez años, en los primeros meses de 1993. Volkmar Gessner estaba de visita en México tratando de averiguar, en preparación para un seminario que iba a realizarse en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, por qué en nuestro país no había una discusión científica visible sobre la reforma judicial y qué era lo que había que hacer para echarla a andar. Con este objetivo en mente, realizamos varias entrevistas con académicos, abogados, jueces y otros funcionarios públicos. Diego Valadés, quien era entonces procurador general de justicia del Distrito Federal, nos señaló que había un debate muy escaso sobre el tema porque, entre otras razones, carecíamos de un modelo claro para evaluar la eficiencia de las instituciones de la justicia.

Volkmar me dijo más adelante que él no conocía ningún estudio que tratara de ofrecer un panorama amplio del significado de la eficiencia en el contexto de las instituciones judiciales. En consecuencia, decidimos que yo haría el intento de realizar tal estudio, utilizando tantas investigaciones empíricas como fuera posible encontrar para desarrollar ese modelo. Conforme avanzó la investigación fuimos abandonando la idea de desarrollar un “modelo”, si por modelo se entiende un esquema más o menos simple para medir y evaluar el desempeño de las instituciones. En cambio, este estudio presenta un marco conceptual propio que se deriva del intento de introducir orden en la gran variedad de estudios y materiales empíricos sobre la justicia.

La principal conclusión a la que llegamos es que la racionalidad económica —la eficiencia— penetra cada vez con más fuerza en el campo judicial, y eso se aprecia de modo evidente en las frecuentes quejas sobre la “crisis” de la justicia y sobre la “explosión de los litigios” en diversas partes del mundo. Ello no significa que la “eficiencia” sea un valor mucho más importante que la “justicia”, como quiera que ésta se defina (incluso la eficiencia puede ser una forma de justicia), pero sí que se trata de un valor

irrenunciable, aunque también resulte inalcanzable. Irrenunciable, porque si bien la institución judicial consume recursos bastante menores (un porcentaje muy bajo de los presupuestos públicos, aunque también hay que agregar los costos privados que genera) en relación con la función social que cumple, no es menos cierto que esos recursos deben estar siempre sujetos a la evaluación de posibles usos alternativos, incluso dentro del mismo organismo judicial. Inalcanzable porque, como se dirá más adelante, cualquier movimiento en dirección a una mayor eficiencia modifica las coordenadas de funcionamiento de los tribunales. Por tanto, la eficiencia, al igual que la justicia, es un horizonte y no sólo un objetivo. La conclusión anterior puede parecer obvia e incluso trivial para economistas, polítólogos y otros científicos sociales, pero está lejos de ser aceptada y digerida por los juristas —sobre todo en los países de tradición romanista—, tan poco acostumbrados a tomar en cuenta la racionalidad y los costos de sus propuestas de cambio jurídico. A ellos en particular se dirige este estudio. El libro puede considerarse también como panorama de la investigación empírica sobre la administración de justicia, sus problemas, su metodología y sus resultados. Sin duda ofrecerá también herramientas conceptuales, así como puntos de referencia y comparación, para los estudiosos de la reforma judicial tanto como para los encargados de definir y aplicar las políticas públicas en este sector.

Este trabajo confiesa su estrecha vinculación con el Instituto International de Sociología Jurídica de Oñati. Fue allí que se inició la búsqueda de la bibliografía relevante, la que culminó con una “tesina” para el programa del “Master” en julio de 1994.* De hecho, la gran mayoría de los libros, artículos y otros materiales que se citan aquí se encuentran en la magnífica biblioteca y en el impresionante centro de documentación que el Instituto de Oñati ha puesto a disposición de los investigadores del derecho y las ciencias sociales de todo el mundo. Otros materiales proceden de la biblioteca de la Universidad de Bremen, Alemania, de la biblioteca personal de Volkmar Gessner, de la biblioteca de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgia en Athens, así como de la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Algunos materiales más pudieron ser consultados gracias al interés y la generosidad de amigos y colegas.

* El Instituto de Investigaciones Jurídicas publicó una versión revisada y ampliada de ese primer trabajo. Fix-Fierro (1995a).

Este estudio fue aceptado por el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bremen como tesis de doctorado en derecho en julio de 1998, con el título “*Courts and Efficiency. A General Investigation with Evidence from Three Continents*”. La tesis fue dictaminada por los profesores Volkmar Gessner y Johannes Feest. Además de ellos, participaron en el examen de grado los profesores Armin Höland y Konstanze Plett.

Un esfuerzo como éste no puede llegar a buen puerto sin incurrir en importantes deudas de gratitud, personales y profesionales. En este sentido, me siento en deuda con el Instituto y el pueblo de Oñati, en el País Vasco, por la hospitalidad de que gocé ahí en varias ocasiones. Quisiera hacer especial mención de Johannes Feest, quien era el director científico del Instituto durante una estancia crucial entre abril y julio de 1997 y quien ha seguido siendo un buen amigo desde entonces, así como de Sole Aguirre y Elvira Muñoz, bibliotecarias del Instituto, por su valioso auxilio en la búsqueda y obtención de materiales. También me siento en deuda con el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bremen, pues no resulta para nada evidente que una universidad alemana acepte una tesis doctoral escrita originalmente en inglés por un investigador mexicano, lo cual da testimonio de la apertura de esa universidad a la causa de la ciencia.

José Luis Soberanes y Diego Valadés me han ofrecido toda clase de muestras de apoyo y aliento, como directores del Instituto de Investigaciones Jurídicas y, sobre todo, como amigos. También he recibido apoyo y aliento de muchos otros amigos, colegas y familiares. Con algunos de ellos he discutido muchos de los problemas que se examinan aquí. Menciono a Miguel Bonilla López, José Antonio Caballero, José Ángel Canela, Miguel Carbonell, Hugo Concha, Edgar Corzo, José Ramón Cossío, Alberto Díaz Cayeros, Héctor Fix-Zamudio, Jesús Boanerges Guinto López, Sergio López Ayllón, Jacqueline Martínez, Roberto MacLean, Mario Melgar, Rogelio Pérez Perdomo, José Juan Toharia, Guillermo Zepeda, y mis colegas del comité académico del Instituto de la Judicatura Federal. La señora Eva Suárez contribuyó eficazmente a la solución de multitud de problemas cotidianos.

La oportunidad de publicar este trabajo en su versión inglesa, aparecida a fines de 2003 con el título *Courts, Justice and Efficiency. A Socio-legal Study of Economic Rationality in Adjudication*, la debo en mucho a Bill Felstiner y, de manera especial, a Richard Hart, de Hart Publishing en Oxford, cuya amabilidad me sorprendió de manera muy grata desde un

inicio y quien ofreció, además, ceder generosamente los derechos de esta edición española. El estudio se benefició también de los comentarios y recomendaciones de los miembros del sínodo doctoral, así como de dos árbitros anónimos.

Por lo que se refiere a la presente versión en español, es una gran satisfacción que vea la luz con los auspicios del Instituto de Investigaciones Jurídicas y bajo el sello editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México. Con ello espero cubrir un primer pago de la deuda que tengo con ésta, mi segunda casa. Conviene agregar que se trata de una traducción realizada por el autor, lo cual, si bien le ofrece mucha mayor libertad para adaptar y modificar el texto original, no deja de plantear las dificultades de cualquier traducción. En particular, es seguro que el lector encontrará conceptos o terminología que resultan desusados o extraños en nuestro idioma. Su utilización quedará disculpada en la medida en que se logre transmitir las ideas que los subyacen. Por lo demás, la presente versión incorpora nuevas investigaciones relevantes, además de que introduce algunos otros cambios de carácter editorial. La bibliografía se ha actualizado también en la medida de lo posible. Aunque no se ha hecho el intento de introducir sistemáticamente la amplia bibliografía que sobre temas judiciales ya existe en español, se ha procurado citar los estudios sociojurídicos más importantes publicados en nuestro idioma.

Por último, reservo mis sentimientos de más profunda gratitud para Volkmar Gessner y mi familia. Mi relación de muchos años con Volkmar va más allá de las preocupaciones científicas y por ello tengo que agradecerle no sólo su amistad, su paciencia, su ayuda y su indeclinable rigor científico. Una invitación suya a realizar una larga estancia de investigación en Bremen me ha dado también la oportunidad de concluir este proyecto. En cuanto a mi familia, espero que este libro compense en algo las angustias y los sacrificios que tuvieron que soportar en el camino.

Bremen y Ciudad Universitaria, México,
enero de 2006

CAPÍTULO PRIMERO

TRIBUNALES Y EFICIENCIA

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

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

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

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

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

3 Voz y Voto (1996).

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

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

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

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

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

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

8 Consejo General del Poder Judicial (1997).

9 Garant (1994).

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

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

12 Michalik (1999).

13 Zuckerman (ed.) (1999, p.12).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ Kniffka (1981).

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

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

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

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

¹⁹ National Center for State Courts (1978).

²⁰ *Ibidem* (1999, p. 7).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

29 Kniffka (1981, p. 227).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴² Abel (1982a).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵¹ Véase Blankenburg (1989a).

⁵² Friedman (1985, pp. 16 y ss.).

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

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

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

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

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

⁵⁶ Kaufman (1990, p. 5).

⁵⁷ Clark (1981).

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

⁵⁹ Galanter (1983a; 1988).

⁶⁰ Friedman (1985, pp. 15 y ss.).

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

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

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

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

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

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

⁶⁴ Röhl (1987).

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

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

⁶⁷ Van Loon y Langerwerf (1989).

⁶⁸ Santos *et al.* (1996).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

⁷⁸ Bergoglio (2001).

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 43 y ss.

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

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

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

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

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

⁸¹ Röhl (1982) y Galanter (1980).

⁸² Véase, por ejemplo, Benson (1990).

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

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

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

⁸⁴ *Ibidem*, p. 49.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁶ McGrew (1998, pp. 328 y ss.).

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰¹ Garapon (1996, pp. 21 y ss.).

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁴ Véase el informe periodístico de Tijeras (1994).

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

¹⁰⁶ Garapon (1997, p. 22).

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

¹⁰⁸ Santos *et al.* (1996, p. 34).

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

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

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

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

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

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

¹¹¹ *Ibidem*, p. 27.

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

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

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

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

¹¹³ *Ibidem*, p. 80.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 81.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 90.

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

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

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

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

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

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

¹¹⁹ Gessner (ed.) (1996a).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²¹ Freyhold (1996, pp. 119 y ss.).

¹²² Gessner (1996b, p. 177).

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

¹²⁴ Véase, por ejemplo, Reich (1992).

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁹ *Ibidem*, p. 90.

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

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

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

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

¹³⁰ *Ibidem*, p. 116.

¹³¹ Gessner (1996b, pp. 179 y ss.).

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

¹³³ *Ibidem*, p. 187.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 188 y ss.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 191.

¹³⁶ Olgati (1996, p. 230).

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 229 y ss.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 233.

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

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

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

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

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

¹⁴¹ Freyhold *et al.* (1996, p. 279).

¹⁴² *Ibidem*, p. 280.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 271.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴⁷ López-Ayllón y Fix-Fierro (1997).

¹⁴⁸ Véase Hazard, Jr. (1965).

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

¹⁵⁰ *Idem*.

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

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

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

3. Hacia un Poder Judicial efectivo

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵⁴ Gibson *et al.* (1998).

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 356.

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

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

III. OBJETIVOS, ALCANCE Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1. *Economía, sociología y derecho*

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

¹⁵⁶ García Pelayo (1991, p. 1423).

¹⁵⁷ Sarre y López Ugalde (2002).

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 28.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Tradiciones jurídicas y ramas de la jurisdicción

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

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

¹⁶² Véase Edelman (2004).

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

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

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

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

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

¹⁶⁴ Damaška (1986).

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 8 y ss.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 16 y ss.

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

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

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

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

169 Véase Pardolesi (1990).

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

171 Berman (1983).

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

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

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

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

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.¹⁷³ 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*”.¹⁷⁴ 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*:¹⁷⁵

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ Posner (1973, p. 400).

¹⁷⁵ *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, si no 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 lograr realizar las funciones sociales de asignación u otras que se le han encomendado”, y¹⁷⁶
- *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).¹⁷⁷

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.¹⁷⁸ Ésta es, entre otras, una razón para instalar un sistema de revisión selectiva de las resoluciones judiciales (apelación).¹⁷⁹

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.

176 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).

177 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.

178 *Ibidem*, p. 907.

179 Véase el capítulo tercero, II.3.

Así, pues, los CE y CD están relacionados entre sí,¹⁸⁰ y en ocasiones interactúan de un modo complejo,¹⁸¹ lo que significa que es difícil predecir *a priori* el efecto global de introducir cambios en las variables relevantes.¹⁸² 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.¹⁸³ 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.¹⁸⁴ 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.¹⁸⁵ 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

180 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).

181 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).

182 *Ibidem*, pp. 441 y ss.

183 *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.

184 *Ibidem*, p. 446.

185 *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.¹⁸⁶

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,¹⁸⁷ 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.¹⁸⁸

186 *Ibidem*, p. 448.

187 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).

188 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.¹⁸⁹ Varias perspectivas teóricas y metodológicas coexisten bajo la misma etiqueta.¹⁹⁰ 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.¹⁹¹ 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.¹⁹² Por su parte, esto afirma implícitamente una visión instrumental del derecho, según la cual es fun-

189 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).

190 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.).

191 Véase Kornhauser (1986, pp. 237 y ss.) y Cooter y Ulen (1988).

192 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.¹⁹³ 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,¹⁹⁴ 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:¹⁹⁵

- 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

¹⁹³ Kornhauser (1986, p. 238).

¹⁹⁴ 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.).

¹⁹⁵ 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.¹⁹⁶

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,¹⁹⁷ y en el peor, tautológica y trivial.¹⁹⁸ 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;¹⁹⁹ 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 utilitaria.

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

197 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 Scheuerman (1999).

198 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.

199 *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.²⁰⁰ 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,²⁰¹ 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”.²⁰² 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*”,²⁰³ 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

²⁰⁰ Johnston (1990, p. 1224).

²⁰¹ *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).

²⁰² Posner (1990, p. 361).

²⁰³ 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,²⁰⁴ 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.²⁰⁵ 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.²⁰⁶ 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.²⁰⁷

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.²⁰⁸

204 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.

205 Véase Yale Law Journal (1983, p. 863).

206 Komesar (1994, pp. 28, 133).

207 *Ibidem*, pp. 3 y ss.

208 *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.²⁰⁹ Se trata de un sencillo modelo económico de la participación institucional (“enfoque 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.²¹⁰ 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.²¹¹

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*).²¹² Las tres distribuciones afectan la probabilidad de que se acuda a los tribunales en los siguientes términos:²¹³

- 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

²⁰⁹ *Idem*.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 8.

²¹¹ *Ibidem*, p. 23.

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

²¹³ *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.²¹⁴

También se produce un desplazamiento en ciertos tipos de procesos de decisión pública que se traducen en leyes y medidas administrativas.²¹⁵ 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.²¹⁶

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.²¹⁷ 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.²¹⁸

²¹⁴ *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).

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 136 y ss.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 128.

²¹⁷ *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.

²¹⁸ 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.²¹⁹

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.²²⁰ 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,²²¹ según la cual, la existencia de precedentes abundantes, recientes e informativos en un campo del derecho desincentiva el recurso a 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.²²²

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”.²²³

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.²²⁴ 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”.²²⁵ 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-

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

²²³ 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.

²²⁴ Rubin y Bailey (1994).

²²⁵ *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.²²⁶

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.²²⁷ 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,²²⁸ o con la relación circular de mutua observación entre legisladores y jueces que propone Luhmann.²²⁹ 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,²³⁰ o con otras explicaciones sociojurídicas de los factores sociales que rigen las tasas de litigiosidad.²³¹ La explicación

226 *Ibidem*, pp. 814 y ss., 821, 823 y ss.

227 Véase Cooter y Ulen (1988, pp. 495 y ss.).

228 Komesar (1994).

229 Luhmann (1993, p. 302).

230 Galanter (1990).

231 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.²³²

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,²³³ 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.²³⁴ 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.

232 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).

233 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).

234 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.²³⁵

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.²³⁶

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 sostenido²³⁷ 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,

²³⁵ Véase Dworkin (1980a y b).

²³⁶ Seagle (1952, p. 1).

²³⁷ 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.²³⁸ 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.²³⁹ 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,²⁴⁰ 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-

²³⁸ Coleman (1980, p. 550).

²³⁹ *Ibidem*, p. 551.

²⁴⁰ 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.²⁴¹ 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.²⁴² 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

241 Véase Raiteri (1992).

242 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.²⁴³

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 quizás 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”.²⁴⁴ 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.²⁴⁵

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

²⁴³ Posner (1973, p. 417).

²⁴⁴ Fiss (1983, p. 1075).

²⁴⁵ *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,²⁴⁶ 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*”.²⁴⁷ 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-

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

²⁴⁷ Priest y Klein (1984).

tienden 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”.²⁴⁸

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”.²⁴⁹ Sin embargo, tales inferencias son inexactas si los asuntos litigados no son representativos de la clase entera de conflictos subyacentes.²⁵⁰ 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.²⁵¹

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”.²⁵² 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”.²⁵³

El modelo muestra que las controversias seleccionadas para ser litigadas, en oposición a las arregladas,²⁵⁴ no constituyen ni una muestra al azar,²⁵⁵ 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.²⁵⁶ 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.²⁵⁷ 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.²⁵⁸

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.²⁵⁹ 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”.²⁶⁰ Esta tendencia se mantiene si se supone que el interés de las partes es simétrico.²⁶¹ 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).

²⁵⁶ Priest y Klein (1984, p. 4).

²⁵⁷ *Ibidem*, pp. 14 y ss.

²⁵⁸ Miller (1997, p. 913).

²⁵⁹ Priest y Klein (1984, pp. 5, 17 y ss.).

²⁶⁰ Siegelmann y Donohue III (1995, p. 428).

²⁶¹ 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.²⁶²

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.²⁶³ 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.²⁶⁴ 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.).

262 *Ibidem*, pp. 24 y ss., 27.

263 *Ibidem*, pp. 30 y ss.

264 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.²⁶⁵

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.²⁶⁶ 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.²⁶⁷ 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”.²⁶⁸ 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.²⁶⁹

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.²⁷⁰ 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.

²⁶⁵ Priest y Klein (1984, p. 37).

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

²⁶⁷ Siegelmann y Donohue III (1995).

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 431.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 432.

²⁷⁰ 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%”.²⁷¹

Independientemente de la cuestión de su confirmación,²⁷² 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.²⁷³ 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*.²⁷⁴ Por tanto, su objetivo es explicar los efectos disuasivos del castigo,

²⁷¹ *Ibidem*, p. 233.

²⁷² 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 Waldfogel (1999).

²⁷³ 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).

²⁷⁴ 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.²⁷⁵ 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.²⁷⁶ 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.²⁷⁷ 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;²⁷⁸ 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.²⁷⁹

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

²⁷⁶ Véase Landes (1971), Rhodes (1976) y Elder (1989).

²⁷⁷ Rhodes (1976, pp. 311 y ss.).

²⁷⁸ 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.).

²⁷⁹ 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 sujetos 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.²⁸⁰ 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,²⁸¹ 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.²⁸² Tanto si adopta la perspectiva del control social²⁸³ 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.

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ 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.).

²⁸² Black (1973). Véase también Blankenburg (1980; 1994a).

²⁸³ 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.²⁸⁴ 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*,²⁸⁵ 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.²⁸⁶ Estos estudios incluyen, por ejemplo, el *Civil Litigation Research Project* (CLRP)²⁸⁷ o los así llamados “estudios longitudinales de los juicios”.²⁸⁸ 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.²⁸⁹ 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.²⁹⁰ Estos estudios analizan los agregados de decisiones, tendencias y va-

²⁸⁴ 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).

²⁸⁵ Black (1973, p. 16), Zemans (1982, pp. 993 y ss.).

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

²⁸⁷ Véase el informe final por Trubek *et al.* (1983).

²⁸⁸ Véase Trubek (1980-1981).

²⁸⁹ *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.

²⁹⁰ 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.²⁹¹

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.²⁹² 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.²⁹³ 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),²⁹⁴ las que pueden ser incorporadas fácilmente en el modelo económico como intereses asimétricos que modifican los resultados de una manera predecible.²⁹⁵

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.²⁹⁶ 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.²⁹⁷ Mientras que los análisis económicos inician con hipótesis simples (e irreales) que les permiten “obviar” los elementos estudiados por la sociología,²⁹⁸ el modelo sociológico, por ejemplo, no tratará

²⁹⁴ 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).

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

²⁹⁶ 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).

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

²⁹⁸ De Geest (1995, p. 305).

los conflictos como exógenos,²⁹⁹ 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.³⁰⁰ 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,³⁰¹ o como un factor que, a pesar de encontrarse activo en todo el proceso decisional,³⁰² 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.³⁰³ 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.³⁰⁴ Tampoco es sorprendente enterarse que la decisión de apelar no está gobernada exclusivamente por consideraciones de costo-beneficio.³⁰⁵

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

300 *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.

301 *Ibidem*, pp. 188 y ss.

302 Zemans (1982, pp. 999 y ss.).

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

304 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.

305 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 sociología 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.³⁰⁶ 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.³⁰⁷ 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”.³⁰⁸ Por tanto, si hubiera que extraer alguna proposición central del amplio cuerpo de investi-

³⁰⁶ 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.

³⁰⁷ Röhl (1993a, p. 5) distingue al menos tres enfoques amplios: un enfoque socio-sociológico; 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.

³⁰⁸ 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*,³⁰⁹ 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 “contradicitorio” de litigio, porque pone un mayor grado de control en manos del juez.³¹⁰
- 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;³¹¹ 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*).³¹²

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

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

³¹¹ Cfr. Lind *et al.* (1990, p. 955).

³¹² 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”.³¹³ Por ejemplo, los procedimientos jurídicos se ocupan de la asignación de resultados, es decir, de la resolución de conflictos de interés.³¹⁴

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*³¹⁵ se asigna a los contendientes, pues “las partes contendientes mismas están mejor calificadas para describir sus respectivos *inputs* o contribuciones a la transacción”.³¹⁶ 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.³¹⁷ 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”.³¹⁸ 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.³¹⁹

313 *Ibidem*, pp. 541 y ss.

314 *Ibidem*, pp. 541 y 543.

315 *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).

316 *Ibidem*, p. 549.

317 *Idem*.

318 *Ibidem*, p. 551.

319 *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.³²⁰ Así, por ejemplo, se combate la validez de sus conclusiones señalando que se basan en experimentos y no en situaciones de la vida real.³²¹ 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.³²²

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.³²³ Para contrarrestar la objeción del sesgo cultural, sus experimentos fueron replicados en Inglaterra, Francia y Alemania, con resultados similares.³²⁴ 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.³²⁵ 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-

320 Röhl (1993a, p. 10).

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

322 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.).

323 *Ibidem*, pp. 41 y ss.

324 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.).

325 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.³²⁶

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.³²⁷ 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,³²⁸ y que la justicia procesal responde al dilema más fundamental y universal de la relación entre el individuo y la colectividad.³²⁹

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.³³⁰ 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.³³¹

³²⁶ Cf. Lind y Tyler (1988, p. 113).

³²⁷ 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.

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

³²⁹ Lind (1994).

³³⁰ Hensler (1990, p. 400).

³³¹ *Ibidem*, pp. 401 y ss.

Sin embargo, la evaluación empírica de estos programas de arbitraje ha producido resultados mixtos en relación con la eficiencia.³³² Así, por ejemplo se ha determinado que tales programas no son necesariamente más rápidos o baratos que los procedimientos judiciales ordinarios,³³³ ya que en la mayoría de los casos no ofrecen una alternativa al juicio sino al arreglo logrado fuera de audiencia.³³⁴ 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.³³⁵

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.³³⁶

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.³³⁷ 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.³³⁸ Sin embargo, para te-

³³² *Ibidem*, p. 408.

³³³ *Ibidem*, pp. 408 ss. Véase también MacCoun (1991).

³³⁴ 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.

³³⁵ *Ibidem*, p. 415.

³³⁶ 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.

³³⁷ Langbein (1985, p. 823). Véase también Kagan (1991).

³³⁸ 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.³³⁹

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.³⁴⁰ 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.³⁴¹ 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

³³⁹ *Ibidem*, p. 855.

³⁴⁰ *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.

³⁴¹ 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,³⁴² 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

³⁴² 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.³⁴³

La SD ha desarrollado así una relación ambigua con ambas disciplinas, oscilando entre la cultura sociológica y la cultura jurídica,³⁴⁴ entre una sociología jurídica de sociólogos y una sociología jurídica de juristas,³⁴⁵ 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.³⁴⁶ 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.³⁴⁷

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

³⁴³ Ferrari (1990b, pp. XXIX y ss.).

³⁴⁴ *Ibidem*, pp. XXXIV y ss.

³⁴⁵ Véase Arnaud y Fariñas Dulce (1996, pp. 18 y ss., 119 y ss.).

³⁴⁶ Véase Commaille y Perrin (1985).

³⁴⁷ Arnaud y Fariñas Dulce (1996, pp. 51 y ss.).

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

- *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.³⁴⁹
- *Sociología*: aunque una SD que encuentra sus fundamentos principalmente en las teorías y los conceptos sociológicos es perfectamente legítima y posible,³⁵⁰ 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,³⁵¹ 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.

³⁴⁸ 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).

³⁴⁹ Cotterrell (1995, pp. 27 y ss.).

³⁵⁰ 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).

³⁵¹ 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.³⁵² En virtud de que ha adoptado, en general, un enfoque económico más bien estricto en relación con los problemas jurídicos,³⁵³ 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.³⁵⁴ 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.³⁵⁵ Sin embargo, la pregunta que se plantea entonces es si el proyecto de la “economización” de la ciencia jurídica se puede consumar exitosamente, aún en un campo jurídico limitado.³⁵⁶

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

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

³⁵⁴ Cooter y Ulen (1988, p. 10).

³⁵⁵ 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.).

³⁵⁶ 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.³⁵⁷ Aunque pueda encontrarse ya en una situación de relativo declive y de “rendimientos decrecientes”,³⁵⁸ es posible documentar, en cambio, la continua y creciente influencia del análisis económico en el campo del derecho.³⁵⁹ 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.³⁶⁰ Más aún, el famoso teorema que lleva su nombre señala, simplemente, que en ausencia de costos de transac-

³⁵⁷ 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.

³⁵⁸ Korobkin y Ulen (2000, pp. 1053 y ss.).

³⁵⁹ Al menos en los Estados Unidos.

³⁶⁰ 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.³⁶¹ 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,³⁶² 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,³⁶³ más que como consecuencia necesaria de la violación de una obligación *válida* que pretende prevaler 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.³⁶⁴ 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.³⁶⁵

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-

³⁶¹ Véase Cooter (1989, pp. 64 y ss.).

³⁶² 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”.

³⁶³ 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.

³⁶⁴ 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.

³⁶⁵ 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.³⁶⁶ Dicho en otros términos, el núcleo de las hipótesis económicas sobre el comportamiento,³⁶⁷ de las cuales carece la sociología, tienen más un *significado metodológico* que un valor explicativo en términos de causalidad,³⁶⁸ 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.³⁶⁹ En su dimensión explicativa, el AED se verá atraído ya sea al polo jurídico o al económico.³⁷⁰ Su núcleo autónomo radicará en su metodología para el aná-

³⁶⁶ 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.

³⁶⁷ Véase Becker (1986) y Cooter (1995, pp. 54 y ss.).

³⁶⁸ Véase Johnston (1990, pp. 1228 y ss.).

³⁶⁹ 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.

³⁷⁰ 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,³⁷¹ 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.³⁷² 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.³⁷³ 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.³⁷⁴ 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, definiendo 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

³⁷¹ 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.

³⁷² Cooter (1995, pp. 51 y 53).

³⁷³ Posner (1995).

³⁷⁴ Cooter (1995, pp. 54 y ss., 57, 59 y ss.).

otros factores.³⁷⁵ 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 sicólogos y los sociólogos consideran de importancia central en el derecho”.³⁷⁶ 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 sicología y la sociología (por ejemplo, incorporando la internalización de las normas), *pero sin abandonar el núcleo de la teoría económica*.³⁷⁷ 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,³⁷⁸ 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.³⁷⁹ 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

³⁷⁵ Panther (1995, p. 373) ofrece el ejemplo de la teoría de la anomia, la cual parece 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.

³⁷⁶ Cooter (1995, p. 54).

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 60.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 66.

³⁷⁹ 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.³⁸⁰ 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.³⁸¹

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.³⁸² 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.³⁸³

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.³⁸⁴ 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.³⁸⁵ 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 constitúa una condición suficiente para la intervención del derecho.³⁸⁶

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-

380 McAdams (2004, pp. 223 y ss.).

381 Véanse Cella (1990), Gephart (1995).

382 Véase, por ejemplo, Cooter (1995, pp. 63 y ss.).

383 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”.

384 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.).

385 Ellickson (1991). Véase la reseña de Brigham (1993).

386 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.³⁸⁷ 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.³⁸⁸

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.³⁸⁹ 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,³⁹⁰ 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.³⁹¹

Por último, otro campo de posible reflexión fructífera, esta vez bajo la égida de la sociología, se encuentra quizás 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.³⁹² El problema es similar al abordado por algunos representantes de la ENI,

³⁸⁷ *Ibidem*, pp. 149 y ss., 137 y ss.

³⁸⁸ *Ibidem*, pp. 167 y ss.

³⁸⁹ 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.

³⁹⁰ North (1990).

³⁹¹ Véase Ferrarese (1995).

³⁹² 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.³⁹³

¿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,³⁹⁴ quizás 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, quizás se podría describir al AED

393 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.).

394 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*”.³⁹⁵

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.³⁹⁶ 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.

395 Cfr. Eder (1986) y la crítica de Frank (1986).

396 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.³⁹⁷ 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.³⁹⁸ 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.³⁹⁹

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-

³⁹⁷ 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.

³⁹⁸ Calabresi (1980; 1990).

³⁹⁹ 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 sicológicas 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.⁴⁰⁰ Ciertamente, desde esta perspectiva la cuestión se hace más compleja.

- La *relación inversa (trade-off) entre justicia y eficiencia*:⁴⁰¹ 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.⁴⁰²
- El *predominio de la eficiencia*: Richard Posner ha propuesto la idea, muy criticada y, como él mismo señala, no siempre bien entendida, de

⁴⁰⁰ 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.

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

⁴⁰² 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*)⁴⁰³ como un *fundamento moral* más convincente para el derecho (judicial), y como alternativa tanto frente al kantismo como al utilitarismo.⁴⁰⁴ Desde esta perspectiva, no sólo resulta la eficiencia ser un componente importante de la justicia, sino que un concepto particular de eficiencia⁴⁰⁵ es elevado a la categoría de fundamento del derecho y la política jurídica.⁴⁰⁶ 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*.

⁴⁰³ 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.

⁴⁰⁴ Posner (1979, pp. 119 y ss.).

⁴⁰⁵ 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.

⁴⁰⁶ 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). Cf. 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 legitimidad⁴⁰⁷ 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.⁴⁰⁸ 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,⁴⁰⁹ 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 quizás 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.⁴¹⁰ Para tales efectos, se ofrece enseguida un breve resumen de un ensayo del teórico alemán del derecho, Gunther Teubner.⁴¹¹

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.⁴¹² 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 ésta

⁴¹⁰ 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).

⁴¹¹ Teubner (1997a y b).

⁴¹² *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.⁴¹³

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.⁴¹⁴ 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.⁴¹⁵

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).⁴¹⁶ 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.⁴¹⁷ ¿Cómo es que el derecho puede decidir y escoger entre ellas?

⁴¹³ *Ibidem*, p. 150.

⁴¹⁴ *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.

⁴¹⁵ *Ibidem*, pp. 154 y ss.

⁴¹⁶ *Ibidem*, pp. 156 y ss.

⁴¹⁷ *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.⁴¹⁸

“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”.⁴¹⁹

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.⁴²⁰

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”.⁴²¹ El derecho neutraliza y juridifica los discursos no jurídicos, pero solamente en la medida que concierne al reino interior del discurso jurídico.⁴²²

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,⁴²³ 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.⁴²⁴ 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.⁴²⁵ 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.⁴²⁶

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”.⁴²⁷

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

⁴²⁴ *Ibidem*, pp. 170 y ss.

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

⁴²⁶ Teubner (1997a, 170).

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 175.

fundamental que surge de la operación circular y recursiva del sistema jurídico mismo.⁴²⁸ 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.⁴²⁹ 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).⁴³⁰

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

428 Véase Luhmann (1993, pp. 214 y ss.).

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

430 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.

431 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.⁴³²

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”),⁴³³ 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*,⁴³⁴ 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.⁴³² 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.

⁴³² 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.

CAPÍTULO TERCERO

SELECTIVIDAD

I. LA PIRÁMIDE DE LOS CONFLICTOS

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

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

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

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

⁴³⁷ Felstiner *et al.* (1980-1981).

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

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

438 Miller y Sarat (1981).

439 *Ibidem*, pp. 534 y ss.

440 *Ibidem*, pp. 537 y 543.

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

442 Genn (1999, p. 68).

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

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

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

⁴⁴³ Genn (1999, pp. 150 y ss.).

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

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

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

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

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

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

⁴⁴⁷ Hurst (1980-1981, p. 429).

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

⁴⁴⁹ Genn (1999, pp. 150 y ss.).

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

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

1. *Selectividad*

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁵¹ Shapiro (1981, pp. 2 y ss., 8).

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

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

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

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

2. Reglas de competencia y funciones de los tribunales

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

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

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

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

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

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

TABLA 1
MODELO DE LAS CUATRO FUNCIONES DE LOS TRIBUNALES
(Blankenburg 1981-82)

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

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

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

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

⁴⁵⁶ *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁶⁵ *Ibidem*, pp. 262 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁷⁵ Landes y Posner (1979, p. 254).

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

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

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

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

4. Factores económicos, sociales y jurídico-institucionales

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

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

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

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

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

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

Los factores del sistema jurídico comprenden:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁸³ *Idem*.

II. SELECTIVIDAD VERTICAL

1. *Proceso*

A. “Casos” y *controversias*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

486 *Ibidem*, p. 685.

487 *Ibidem*, pp. 685 y 690.

488 *Ibidem*, p. 694.

489 *Ibidem*, p. 715.

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

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

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

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

490 *Ibidem*, p. 712.

B. Etapas procesales y terminación anticipada

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

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

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

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

⁴⁹² Nemogá Soto (dir.) (1996, p. 37).

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

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

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

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

C. Apelación

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

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, pp. 46 y ss.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 53.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

499 Shavell (1995b).

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

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

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

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

a. ¿Cuál es el nivel eficiente de apelación?

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

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

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

⁵⁰² Shavell (1995b, p. 387).

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

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 386.

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

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

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

506 *Ibidem*, p. 384.

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

508 *Ibidem*, p. 385.

509 *Ibidem*, pp. 385 y 388.

510 *Ibidem*, pp. 390 y 413.

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

512 *Ibidem*, p. 389.

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

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

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

⁵¹³ *Ibidem*, p. 380, nota 3.

⁵¹⁴ Jolowicz (1989, p. 76).

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

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

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

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

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

⁵¹⁷ Jolowicz (1989, p. 73).

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

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

⁵²⁰ Véase Jolowicz (1989, p. 74).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b. El papel de las restricciones políticas e institucionales

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

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

⁵²⁴ Posner (1996, p. 70, tabla 3.5).

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

⁵²⁶ Gilles (1992, p. 134).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵³¹ Véase CIDAC (1994, pp. 74 y ss.).

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

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

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

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

⁵³³ *Ibidem* (1986, p. 4).

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

⁵³⁵ *Ibidem* (1986, pp. 4 y ss.).

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

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

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

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

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

⁵³⁶ *Idem*.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁵³⁸ Cook (1994, p. 146).

⁵³⁹ *Ibidem*, pp. 144 y ss.

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

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

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

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

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

⁵⁴² Abraham (1998, pp. 187 y ss.).

⁵⁴³ Véase Blankenburg (1998).

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

2. *Resultados*

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

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

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

⁵⁴⁵ Blankenburg (1998, p. 49).

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

⁵⁴⁷ *Idem*.

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

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

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

A. Resoluciones

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

a. Corrección

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

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 340.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, pp. 341 y ss.

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

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

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

⁵⁵² Pace (1970).

⁵⁵³ *Ibidem*, pp. 172 y ss.

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

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 176.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 187.

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

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

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

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

⁵⁵⁷ *Ibidem*, pp. 188 y ss.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 190.

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

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

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

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

b. Ejecución e implementación

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

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

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

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

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

También señalan, con razón, que

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

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

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

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 309.

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

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

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

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

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

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

⁵⁶⁷ *Ibidem*, pp. 10 y ss.

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

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

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

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

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

⁵⁶⁹ Baldwin y Cunningham (2004).

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

⁵⁷¹ Klein (1987, pp. 52 y ss.).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 316.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, pp. 316 y ss.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, pp. 322 y ss.

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

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

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

579 Budak (1998, pp. 34 y ss.).

580 Schäfer (1987).

581 *Ibidem*, pp. 295 y ss.

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

c. Políticas públicas

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

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

⁵⁸² *Ibidem*, p. 296.

⁵⁸³ Feeley y Rubin (2000).

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 362.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, pp. 366 y ss.

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

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

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

589 *Ibidem*, pp. 30 y ss.

590 *Ibidem*, pp. 30 y 31.

591 *Ibidem*, pp. 34 y ss.

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

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

B. *Precedentes*

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

⁵⁹² *Ibidem, passim.*

⁵⁹³ *Ibidem*, pp. 46 y ss.

⁵⁹⁴ Véase Galanter (1981).

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

a. Autoridad y difusión

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

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

⁵⁹⁵ Kempin (1990, pp. 102 y ss.).

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 103 y Glenn (1995).

⁵⁹⁷ Glenn (1995, p. 270).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 165.

⁶⁰⁵ *Idem*.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 167.

⁶⁰⁷ Siegelman y Donohue III (1990).

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

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

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

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

608 Posner (1996, 167).

609 *Ibidem*, pp. 168 y ss.

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

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

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

613 *Ibidem*, pp. 185 y ss.

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

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

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

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

⁶¹⁵ Cappelletti (1989, p. 290).

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

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

b. Consistencia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. SELECTIVIDAD HORIZONTAL

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

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

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

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

A. Análisis económico de la RAC

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

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

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

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

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

⁶²⁴ Cfr. Komesar (1994).

⁶²⁵ Shavell (1995a).

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 2.

⁶²⁷ *Ibidem*, pp. 2, 5 y ss.

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

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

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

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

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

628 *Ibidem*, p. 8.

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

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

631 Shavell (1995a, pp. 3 y ss.).

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

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

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

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

B. El efecto de filtro

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

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

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

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

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 4.

⁶³⁷ Blankenburg (1994b).

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

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

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

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

638 Simsa (1995).

639 *Ibidem*, pp. 294, 298 y ss.

640 *Ibidem*, p. 299.

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

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

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

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

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 300.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁴⁶ Wasilewski (1990).

⁶⁴⁷ *Ibidem*, pp. 91-95.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁴⁹ Gessner (1976).

⁶⁵⁰ *Ibidem*, pp. 138 y ss.

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

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

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

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

⁶⁵² Véase también Stock (1995).

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

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

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 21.

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

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

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

2. Comparación entre el litigio judicial y sus alternativas

A. Duración, costos y satisfacción

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

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

⁶⁵⁶ Blankenburg (1989b; 1994b).

⁶⁵⁷ Ogus *et al.* (1990, p. 58).

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

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

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

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

658 *Ibidem*, p. 61.

659 *Ibidem*, p. 63.

660 Farber y White (1994).

661 *Ibidem*, p. 778.

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

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

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

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

⁶⁶² *Ibidem*, pp. 779 y 806.

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁶⁵ Ogus *et al.* (1990, p. 62).

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

⁶⁶⁷ *Ibidem*, pp. 63 y ss.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, pp. 64 y 70.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 66.

⁶⁷⁰ *Idem*.

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

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

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

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

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

⁶⁷³ Ogus *et al.* (1990, p. 72).

⁶⁷⁴ *Idem*.

⁶⁷⁵ McEwen y Maiman (1984, p. 11).

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

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

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

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

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

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

⁶⁷⁹ López-Ayllón y Fix-Fierro (1999).

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

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

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

⁶⁸⁰ *Ibidem*, p. 12.

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

⁶⁸² *Ibidem*, p. 13.

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

B. Transferencia y desjudicialización

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁸⁸ Kagan (1984).

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

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

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

689 *Ibidem*, p. 323.

690 *Ibidem*, pp. 328 y ss.

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

692 *Ibidem*, p. 323.

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

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

La conclusión general de Kagan es que:

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

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

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

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

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 368.

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

⁶⁹⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, pp. 21 y ss.

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

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

699 Sims (1995, pp. 36 y ss.).

700 Ross (1980, p. 232).

CAPÍTULO CUARTO

CAPACIDAD DE PROCESAMIENTO

I. LOS TRIBUNALES COMO ORGANIZACIONES

La proposición más general que puede hacer la sociología del derecho sostiene que los fenómenos jurídicos, en particular las decisiones jurídicas, como las adoptadas por los tribunales, no pueden ser explicados solamente en términos de las reglas, los procedimientos y los modos de razonamiento que ha establecido o reconocido el sistema jurídico como base y método apropiados para producirlas. En un modelo sociológico, el derecho no tiene que ver con la lógica, sino con estructuras, variables, factores y actitudes sociales, o, de manera más simple, con “el modo como la gente se comporta en realidad”.⁷⁰¹ Cuáles sean estos factores, estructuras y variables que influyen realmente en las decisiones jurídicas, y cuál sea el modo en que opera tal influencia, son cuestiones que proporcionan la materia prima con la que ha trabajado buena parte de la investigación sociológica sobre el derecho.

Las decisiones judiciales, en particular, han sido objeto de varios tipos de explicación social. Un enfoque ha intentado dar cuenta del resultado de los procedimientos judiciales mediante el análisis de las características sociales de los participantes, como los jueces, incluyendo su origen social y su ideología. Este enfoque ha mostrado ser insuficiente como explicación de las resoluciones judiciales como *decisiones jurídicas*, y por esta razón se le ha considerado más bien como “sociología del derecho sin derecho”.⁷⁰² Esto no significa que tal tipo de análisis carezca de méritos o interés, sino simplemente de que, desde una cierta perspectiva sociojurídica,

⁷⁰¹ Black (1989, p. 20).

⁷⁰² Luhmann (1985, p. 3). Rottleuthner (1987, pp. 100-106) resume algunos estudios empíricos que trataron, sin mucho éxito, de establecer una correlación significativa entre las resoluciones judiciales ordinarias (en asuntos civiles y laborales) y los antecedentes socioeconómicos y la ideología de los jueces.

debe considerarse más propiamente como parte de la sociología de las profesiones jurídicas.

Otro enfoque trata de identificar las *estructuras y los factores sistémicos* que influyen en las decisiones de los jueces. Este enfoque “sostiene que el modo en que son tratados los asuntos es afectado por los intereses propios del tribunal y por las maneras en que los factores estructurales son manipulados por razones estratégicas”.⁷⁰³ En particular, esta perspectiva trata de identificar los factores, más sutiles, de organización y actitud que no siempre pueden encontrarse a través de un análisis cuantitativo sofisticado.⁷⁰⁴

Una variante del enfoque sistémico considera a los *tribunales como organizaciones*.⁷⁰⁵ Una organización es, de acuerdo con una definición general, un conjunto de roles estructurados, con objetivos comunes y modos estandarizados de operación para lograr dichos objetivos.⁷⁰⁶ *Prima facie*, esta definición parece directamente aplicable a un concepto moderno básico de tribunal,⁷⁰⁷ y, de hecho, un número creciente de estudios sociojurídicos han aplicado fructíferamente, y de manera más o menos explícita, una perspectiva organizacional al análisis y explicación de los modos en que funcionan los tribunales, especialmente en la materia penal. La naturaleza

703 Feeley (1979, p. 126). Véase también Eisenstein y Jacob (1977, pp. 9 y ss.).

704 Feeley (1979, pp. 123 y ss.). En el sentido de que con frecuencia no se encuentra una relación significativa entre dos o más variables.

705 Hay mucha bibliografía que analiza el funcionamiento de los tribunales usando una perspectiva organizacional explícita o implícita. Las referencias citadas aquí incluyen: Abel (1991); Ackermann y Bastard (1992; 1993 a y b; 1996); Aumüller y Stremppel (eds.) (1996); Ballé (1979); Ballé *et al.* (1981); Bauer *et al.* (1983); Bender y Wax (1972); Blankenburg (1982); Blankenburg y Wolff (1972); Church, Jr. (1981; 1985); Church y Heumann (1992); Cisa (1991); Dahlin (1986); Di Federico (1968; 1969); Dixon (1995); Eisenstein y Jacob (1977); Emsellem (1982); Feeley (1973; 1979; 1983); Feeley y Lazerson (1983); Fix-Fierro (1995a y b); Flanders (1980); Flango (1994); Flango y Rottman (1992); Flemming (1990); Flemming *et al.* (1987; 1992); Friesen y Gallas (1971); Galanter (1974); Heumann (1978); Heumann y Church (1990); Heydebrand (1977); Heydebrand y Seron (1990); Jacob (1976; 1983; 1997); Kakalik *et al.* (1990); Koetz (1991); Koetz *et al.* (1992; 1993); Koetz y Frühauf (1996); Lipetz (1980); Luskin (1978; 1988-1989); Maggi (1984); Martin y Maron (1991); Matheny (1980); Mohr *et al.* (1997); Nagel *et al.* (1978); Nardulli (1978); Nimmer (1978); Padgett (1990); Posner (1996); Raine y Willson (1993); Reed (1973); Röhl (1991; 1993b); Ryan (1978); Ryan *et al.* (1980; 1981); Saari (1982); Schulhofer (1985); Seron (1990); Sipes *et al.* (1980); Vance y Stupak (1997); Wibera (1991); Zwiesele y Bender (1972).

706 *Cfr.* Jacob (1976, p. 157).

707 Sobre el concepto de lo que es esencialmente un tribunal véase Shapiro (1981, pp. 1 y ss.).

organizacional de los tribunales va más allá de los aspectos superficiales de la organización judicial interna, como la distribución de los asuntos y la administración del personal. En la perspectiva organizacional, el análisis se enfoca a los asuntos y su resolución, además de tomar en cuenta los procedimientos administrativos.⁷⁰⁸

Este capítulo adopta también una perspectiva organizacional sobre los tribunales como marco para el análisis del concepto de “capacidad de procesamiento”, no de las decisiones judiciales como tales. “Capacidad de procesamiento” implica los medios y las estrategias que utilizan los tribunales y los sistemas judiciales para manejar su trabajo y que mejoran su capacidad para resolver los asuntos de manera eficiente. El concepto de organización está relacionado con nuestro tema general de la eficiencia de los tribunales en al menos dos sentidos importantes, que serán desarrollados en este capítulo:

- La perspectiva organizacional ha sido utilizada tanto para criticar como para complementar el enfoque económico; en consecuencia, las estrategias para la minimización de costos y el aumento de la eficiencia no son los únicos factores que explican el comportamiento de los jueces, los litigantes y otros actores en la arena judicial,⁷⁰⁹ o al menos se arguye que estas estrategias racionales tienen que ser situadas en un *contexto organizacional* específico que explica las variaciones entre diferentes tribunales.⁷¹⁰
- Concebir los tribunales como organizaciones proporciona un fundamento teórico y práctico para el examen de los aspectos de *administración y gestión* en el funcionamiento de esos órganos.

Dicho en otras palabras, la perspectiva organizacional contribuye a definir la importancia, las manifestaciones y el potencial de ciertas estrategias de incremento de la eficiencia dentro de los tribunales.

El concepto de organización puede tener relevancia en otro sentido, una avenida conceptual que no parece haber sido explorada por la doctrina has-

708 Una opinión distinta, que pone en duda la utilidad del enfoque organizacional aplicado a los tribunales al enfatizar que en ocasiones es más productivo considerar el comportamiento en las organizaciones como “decisional” más que “organizacional”, es la de Mohr (1976, pp. 622 y ss.).

709 Véase, por ejemplo, Matheny (1980).

710 Véase, por ejemplo, Dixon (1995).

ta ahora, o sólo de una manera indirecta.⁷¹¹ Con ello me refiero a la concepción del *procedimiento judicial como organización temporal*.⁷¹² El análisis del procedimiento desde una perspectiva organizacional tiene varias consecuencias teóricas y prácticas. La principal implicación es que la relación entre los tribunales y el procedimiento puede ser explicada en términos de una relación interorganizacional, lo que quiere decir, por ejemplo, que es preciso analizar los mecanismos de acoplamiento entre ambas organizaciones siempre que se quiera introducir cambios en ellas y controlar sus resultados.

Este capítulo se divide en tres apartados. El primero intenta determinar qué tipo de organizaciones son los tribunales y cuáles son las consecuencias generales que, para la idea de “capacidad de procesamiento”, se derivan de esta caracterización. El segundo apartado examina las ganancias en capacidad de procesamiento que podrían lograrse a través de las modificaciones al procedimiento judicial. La tercera parte analiza las diversas dimensiones de la administración y la gestión de los tribunales y los sistemas judiciales. La perspectiva administrativa y gerencial de los tribunales, que ha sido analizada y discutida en tiempos más o menos recientes en relación con la reforma judicial, es una manifestación adicional de la penetración de nociones económicas, o de elección racional, en el estudio de los tribunales.

1. Conceptos e imágenes organizacionales

Las organizaciones son una característica omnipresente de la sociedad contemporánea. Se trata, en palabras de un autor, de la “forma de nuestra condición moderna”.⁷¹³ En consecuencia, la investigación social ha dedicado considerables esfuerzos al estudio de las organizaciones y su enorme diversidad. A pesar de tales esfuerzos, no hay todavía un conjunto único de proposiciones que constituyan una explicación unificada de lo que es una organización y de su funcionamiento. No existe un cuerpo único de “teoría organizacional” ya que existen diversos enfoques, junto con una multiplicidad de “metáforas” relativas a las organizaciones (por ejemplo, las organizaciones como máquinas, como organismos, como cul-

⁷¹¹ A través de conceptos tales como “grupo de trabajo judicial” y “cultura jurídica local”.

⁷¹² Este enfoque se ha inspirado en el análisis del procedimiento como sistema social de Luhmann (1983).

⁷¹³ Clegg (1990, p. 2).

turas, como sistemas políticos, etcétera).⁷¹⁴ Por tanto, no intentaremos derivar de ellos una teoría organizacional integral. Para nuestros propósitos aquí bastará recordar ciertos elementos y conceptos que contribuyen a explicar el fenómeno organizacional y, más adelante, los aspectos organizacionales más relevantes de los tribunales.

¿Qué son las organizaciones y por qué son la “forma de nuestra condición moderna”? Para contestar esta pregunta utilizaremos como punto de partida un concepto muy general y abstracto de organización. La utilidad de tal concepto quedará de manifiesto al explicar una variedad de problemas que plantean las organizaciones, y, en particular, al abordar la cuestión de cómo, y por qué, la judicial es una función social que se desempeña en el marco de una organización formal que llamamos “tribunal”.

Las organizaciones son instrumentos diseñados y creados conscientemente para el logro de ciertos objetivos con la mayor economía de recursos y a través de los medios más adecuados. Esta es la definición clásica de racionalidad organizacional. Así, por ejemplo, Max Weber estableció una conexión firme entre racionalidad, ciencia, tecnología y eficiencia económica. En su concepción, cualquier cuestión instrumental o técnica se refiere a los medios más racionales para alcanzar un resultado óptimo con la mayor economía de esfuerzo. Medios racionales son aquellos aplicados conscientemente, conforme a un plan, orientados por la experiencia e, idealmente, por el conocimiento científico. Economía de esfuerzo significa el examen comparativo de los costos, es decir, tomar en cuenta la posibilidad del uso de esos medios para otros fines.⁷¹⁵ De acuerdo con esta concepción, el capitalismo representa el dominio social de la racionalidad instrumental, mientras que la burocracia representa el tipo más elevado de organización racional, debido a la aplicación formal y regulada de conocimiento profesional especializado. Sin embargo, la visión de Weber sobre el despiadado avance de la racionalización y la burocratización en el mundo moderno lo condujeron a una perspectiva más bien pesimista sobre las consecuencias de largo plazo de esta forma de organización para la sociedad. Es por ello que llegó a hablar de la “jaula de hierro” de la racionalización.

La sociología posterior a Weber ha documentado sus ideas pesimistas sobre la burocracia, al descubrir muchos de sus aspectos y patologías dis-

⁷¹⁴ Morgan (1986) ofrece un panorama de las teorías y las explicaciones de la vida organizacional en términos de metáforas que “nos llevan a ver y a entender las organizaciones en formas distintas pero parciales” (p. 12).

⁷¹⁵ Weber (1984, p. 47).

funcionales,⁷¹⁶ mientras que en la imaginación popular la burocracia se ha convertido en sinónimo de ineficiencia, deshumanización, corrupción o abierta irracionalidad. Ciertamente, existen razones que justifican tales imágenes negativas. Sin embargo, su verdadero objetivo no debieran ser tanto los indudables males de la burocracia, sino el concepto de racionalidad en la que esta forma de organización supuestamente se funda. En efecto, es posible argumentar que la racionalización científico-técnica es un elemento central de la modernidad, pero no el único,⁷¹⁷ y que la racionalidad técnica no es la única fuente de la racionalidad de las organizaciones.⁷¹⁸ Dicho en otras palabras: que la racionalidad “es menos grandiosa de lo que proclaman los economistas”.⁷¹⁹

Por tanto, la teoría organizacional ha explorado los usos, pero también los límites, de la racionalidad. En tal sentido ha acuñado, por ejemplo, el concepto de “racionalidad limitada”, que significa una racionalidad que es resultado de las limitadas capacidades de conocimiento de los seres humanos, así como de la incertidumbre que rodea al proceso de toma de decisiones en las organizaciones. En consecuencia, el “hombre administrativo” no “maximiza”, como lo postula la teoría económica clásica, sino que busca aquel curso de acción que es satisfactorio o “suficientemente bueno”.⁷²⁰

La teoría organizacional ha descubierto también el “desorden” como elemento importante en la vida de las organizaciones y ha propuesto el llamado modelo del “bote de basura” para explicar la lógica que subyace a un aparente estado de anarquía.⁷²¹ En tiempos más recientes, ha intentado identificar y estudiar otros factores sociales que contribuyen al funcionamiento de las organizaciones y que no pueden reducirse a la racionalidad y la eficiencia. La “cultura” es uno de los factores considerados como responsables de las variaciones en el desempeño de las organizaciones,⁷²² mientras que la “cultura organizacional” se ha establecido como programa de investigación enfocado a los aspectos simbólicos”, cualitativos y “sen-

716 Véase, por ejemplo, Crozier (1985).

717 Touraine (1992, pp. 109 y ss.).

718 Thompson (1967, p.19).

719 Simon (1976, p. XXVII).

720 *Ibidem*, pp. XXVIII y ss.

721 Véase, por ejemplo, el ensayo introductorio de Warglien y Masuch (eds.) (1996, pp. 1-34).

722 Véanse, por ejemplo, Clegg (1990, pp. 116 y ss.), Holton (1992) y Schultz (1995). Clegg advierte tanto contra las explicaciones “sobresocializadas” como las “subsocializadas” en relación con el uso sociológico del concepto de cultura.

suales” de las relaciones humanas, así como al “lugar central que estas cualidades ocupan en el funcionamiento de las organizaciones”.⁷²³

La crítica de la racionalidad organizacional puede ser generalizada como crítica de la relación entre decisiones en las organizaciones. Las organizaciones tienen que producir decisiones no sólo sobre los medios, sino también sobre los fines y otros aspectos organizacionales. Por tanto, el problema de la racionalidad es transformado en el problema de la conexión adecuada entre decisiones.⁷²⁴ Por ejemplo, el *tiempo* es un elemento importante a tomar en cuenta en la gestión de la relación entre decisiones, y el tiempo puede también imponer límites claros a los esfuerzos por racionalizar una organización.⁷²⁵ La consecuencia general es que la racionalidad organizacional en este sentido tiene prioridad sobre la racionalidad de las decisiones individuales y los objetivos inmediatos, como la eficiencia.

Por tanto, en términos de un análisis sociológico más general y abstracto, las organizaciones pueden ser vistas como sistemas sociales compuestos por decisiones. Como tales, su propósito no es (solamente) realizar ciertos objetivos, sino ligar y coordinar decisiones entre sí.⁷²⁶ Las decisiones son eventos sociales cuya identidad se basa en la opción entre diversas posibilidades o alternativas. Puesto que cualquiera de las alternativas puede ser seleccionada, una decisión constituye un evento contingente cuya evaluación está estrechamente ligada a un contexto particular.⁷²⁷

Las organizaciones emergen como sistemas sociales cuando las decisiones son adoptadas y sistematizadas en forma de relaciones selectivas entre sistema y entorno en situaciones de elección abierta. Estas situaciones están determinadas por la búsqueda de decisiones preliminares que habrán de limitar el margen de decisión de la organización. Por tanto, la organización se ve incentivada a tomar como punto de partida la existencia de decisiones en su entorno, antes de proceder a la clarificación de sus objetivos. Dicho en otros términos: lo que constituye a una organización es la forma particular que asume el proceso comunicativo, más que los objeti-

723 Turner (ed.) (1990, p. 1).

724 Luhmann (1991, pp. 342 y ss.)

725 *Ibidem*, pp. 345 y ss.

726 *Ibidem*, pp. 339 y ss. Esto significa que las decisiones son la unidad básica y última de las organizaciones, es decir, que no pueden descomponerse en unidades más simples, salvo que se trate de otras decisiones.

727 *Ibidem*, pp. 337 y ss.

vos que persigue o los problemas que pretende resolver.⁷²⁸ En este sentido, las organizaciones conciben su relación con el entorno como decisión, siempre que puedan encontrar una interpretación de acuerdo con la cual hay decisiones que se producen en el entorno y que las organizaciones en él son capaces, o al menos puede suponerse razonablemente que lo son, de relacionarse con la organización en términos de decisiones.⁷²⁹

La sociedad moderna depende de las organizaciones, y promueve su surgimiento, como consecuencia de tres condiciones estructurales:⁷³⁰

- La existencia de un sistema económico diferenciado, basado por completo en valores monetarios. Cualquier operación económica es considerada como disposición de una suma de dinero, es decir, como decisión. Los sociólogos han identificado esta condición como previa a la burocratización.
- La juridificación del sostenimiento y reproducción de la vida cotidiana. Los mecanismos organizados del sistema jurídico y de las burocracias del Estado de bienestar pueden funcionar solamente bajo el supuesto de que sus clientes también toman decisiones.
- Las posibilidades de decisión que derivan de las opciones educativas y profesionales que los individuos se ven obligados a tomar.

Mientras que estas y otras condiciones estructurales fomentan la creación original de organizaciones, la formación secundaria de organizaciones es la que domina crecientemente en la sociedad contemporánea. La existencia de organizaciones es una condición previa indispensable, y el motivo principal, para la creación de más organizaciones. Dicho en otras palabras: las organizaciones establecen otras organizaciones.

La red de relaciones interorganizacionales estimula su propio crecimiento; si para fines de cooperación o de conflicto es una segunda cuestión. Las asociaciones y grupos de interés se establecen bajo el supuesto de la existencia de organizaciones capaces de decidir en su entorno, lo que les permite escoger entre la cooperación y el conflicto.⁷³¹

728 *Ibidem*, pp. 355 y 359.

729 *Ibidem*, p. 359.

730 *Ibidem*, pp. 360 y ss.

731 *Ibidem*, p. 361.

Para nuestros propósitos, es posible distinguir tres dimensiones, niveles, componentes u órdenes de la acción organizacional:⁷³²

- El *componente institucional*: los fines y objetivos que persigue la organización.
- El *componente tecnológico*: las operaciones típicas, y el conocimiento, las metodologías y los instrumentos técnicos utilizados para realizar esas operaciones.
- El *componente estructural*: la coordinación y el control de las tareas y las personas que participan en la organización.

Se puede decir que cada dimensión requiere su propia forma de racionalidad. Sin embargo, como ya se dijo, el problema central de una organización —su racionalidad de conjunto— reside en las ligas y los mecanismos de coordinación que existen entre sus diversas dimensiones. En particular, la acción estructural (o acción organizacional en sentido estricto) desempeña un papel instrumental en la vinculación de la acción institucional y la tecnología dentro de la organización, así como en la definición de las diferencias entre organizaciones, tales como la variabilidad de estructuras y la autonomía, o dependencia, de los objetivos de la organización frente al sistema institucional de la sociedad.⁷³³

La coordinación y el control asumen formas diferentes en distintas organizaciones, dependiendo de los objetivos institucionales que persiga la organización y de las tecnologías que emplee. La coordinación y el control poseen una lógica intrínseca. Esta lógica debe relacionarse con la lógica de la acción técnica y la institucional, a fin de poder crear una estructura coherente y válida. Por tanto, la interpretación de homologías y diferencias en la acción organizacional a través de diversos campos sociales depende principalmente de las relaciones entre la lógica de la acción organizacional y la lógica de la acción institucional y técnica.⁷³⁴

2. ¿Qué clase de organización son los tribunales?

Sin duda, los tribunales pueden ser caracterizados como organizaciones en el sentido general descrito anteriormente. No obstante, poseen caracte-

⁷³² Maggi (1984, p. 289). Véase también Thompson (1967, pp. 16 y ss.).

⁷³³ Maggi (1984, p. 290).

⁷³⁴ *Ibidem*, p. 294.

rísticas específicas que los distinguen de otras organizaciones. ¿Qué tipo específico de organización son los tribunales?

Una opinión ampliamente sostenida en la doctrina considera a los tribunales como “organizaciones profesionales” o “profesionalizadas”.⁷³⁵ Esta descripción es más específica y tiene la ventaja de permitir la comparación con otras organizaciones profesionales, como los hospitales y las universidades. Significa también que el trabajo judicial se organiza alrededor de la competencia profesional, y que los profesionistas ejercen un control último sobre la calidad de los productos de la organización.⁷³⁶ Sin embargo, también es problemática, por cuanto omite explicar por qué la función que realizan los jueces tiene que adoptar la *forma* de una organización. Igualmente, parece sugerir que profesión y organización, aunque mutuamente dependientes, representan formas de autoridad distintas, quizás incompatibles, un punto que es relevante para la discusión de los procesos de profesionalización y burocratización que puede observarse en los tribunales. A pesar de lo anterior, estas críticas no significan que el concepto sea inútil, sino que requieren mayor análisis y clarificación.

A. Los tribunales como organizaciones profesionales

Decir que los tribunales son organizaciones profesionales implica una jerarquía interna, una relación de precedencia en la autoridad: los profesionistas —en este caso, los jueces— desempeñan las tareas centrales que justifican la existencia de la organización a través de la gestión de su núcleo tecnológico, es decir, el tratamiento de asuntos de acuerdo con las reglas y los métodos del derecho. Los roles no profesionales en la organización —dando por supuesto que puedan distinguirse con claridad de los profesionales—⁷³⁷ actúan presuntamente sólo en apoyo de las funciones profesionales nucleares. Por tanto, la “organización” en sentido estricto se referiría a las estructuras administrativas y procesos institucionales que proporcionan apoyo a la labor profesional dentro de los tribunales y la hacen posible.

⁷³⁵ Véase, por ejemplo, Röhl (1993b, pp. 13 y ss.), Blankenburg y Wolff (1972) y Blankenburg (1982). Ackermann y Bastard (1993b, p. 32) califican a los tribunales como “burocracias profesionales”. Véase también Emsellem (1982, pp. 23 y ss.), Seron (1990, p. 456) y Saari (1982, pp. 33 y ss.).

⁷³⁶ Ackermann y Bastard (1993b, pp. 32 y ss.).

⁷³⁷ Emsellem (1982, p. 27) hace notar la dificultad de distinguir y separar el trabajo de los profesionistas de los de otro personal.

Si bien esta concepción de los tribunales como “organizaciones profesionales” parece sugerir una oposición o contraste entre profesión y organización, esta opinión se vería en dificultades para explicar por qué el estatuto *profesional* de los jueces es también un estatuto *organizacional*, con derechos, obligaciones y procedimientos de responsabilidad específicos (que incluso adoptan la forma de una carrera, la carrera judicial, en los países de tradición jurídica romanista),⁷³⁸ y por qué el desempeño adecuado del rol judicial depende, e incluso *requiere*, la existencia de una organización profesional.⁷³⁹ No hay duda de que el rol del juez, como rol profesional, debe ser concebido también como rol *organizado* y *administrado*, razón por la cual no es posible afirmar que la organización existe meramente como elemento subordinado o de apoyo a la labor judicial en sentido propio. En la sociedad moderna, la función judicial es desempeñada necesariamente dentro del marco de una organización profesional, y dentro de los tribunales los factores profesionales y burocráticos están ligados estrechamente entre sí.

Sostener una opinión distinta no sólo es una percepción académica errónea. Los jueces mismos no siempre están conscientes de la medida en que su rol profesional es afectado por variables organizacionales, como si sus atribuciones fueran desempeñadas en un vacío social o como si éstas solamente requirieran tener fundamento más o menos explícito en la ley. Por ejemplo, un estudio realizado en 1990 sobre las primeras experiencias con el nuevo Código Procesal Civil uruguayo concluyó que los jueces no percibían la conexión entre la “organización del tribunal” y la “administración de justicia”, o solamente en la medida en que la organización contribuía a retrasar la labor judicial, y en consecuencia, la organización se asociaba con inefficiencia, burocracia, incompetencia, etcétera. Los jueces se sentían muy poco implicados en las tareas administrativas, y, por ejemplo, pocos de ellos señalaron las deficiencias en la preparación del personal judicial como una cuestión de índole administrativa.⁷⁴⁰

¿Por qué son organizaciones los tribunales? ¿Por qué se encuentra el estatuto profesional de los jueces incorporado en una organización formal? La respuesta que ofrece Niklas Luhmann, por ejemplo, señala que el rol

⁷³⁸ Fix-Fierro (1997).

⁷³⁹ Luhmann (1976, p. 36) define la organización formal en términos de las expectativas que sus miembros tienen que aceptar necesariamente para poder pertenecer a ella.

⁷⁴⁰ Cisa (1991, pp. 185 y ss.).

formal de un juez contribuye a la clausura del sistema jurídico, al hacer efectiva la prohibición de denegación de justicia. Solamente los tribunales, como centro del sistema jurídico, tienen la obligación *jurídica* de resolver toda cuestión sometida a su decisión, y al convertirse en miembros de la organización judicial, los jueces aceptan esta obligación: “Solamente a través de una organización queda garantizada la universalidad del poder de tener que decidir todas las cuestiones jurídicas”.⁷⁴¹ Más aún, para poder ingresar como miembros de la organización judicial, los jueces tienen que haber sido admitidos primeramente en la *profesión jurídica*, cuyos estándares también están obligados a respetar. Por tanto, no sólo la organización sino también la profesión sirven como condiciones centrales que garantizan el funcionamiento autónomo y confiable de los tribunales como instituciones jurídicas en la sociedad moderna. Ambos son, para Luhmann, medios funcionalmente equivalentes para asegurar una combinación de independencia, subordinación a los textos jurídicos, y el respeto a la prohibición de denegación de justicia por los tribunales. Por esta razón, es posible encontrar una gran variedad de modalidades organizacionales y profesionales entre países y regiones.⁷⁴²

Como organizaciones, los tribunales participan también en procesos económicos y políticos. Los tribunales son parte del aparato organizado del Estado. Su funcionamiento depende de la autoridad y el poder del Estado, pero las funciones de éste también son dependientes de los servicios que proporcionan los tribunales. Al mismo tiempo, las actividades de los tribunales tienen importantes implicaciones económicas, no sólo en términos de las consecuencias económicas de sus decisiones, sino también en la medida que están encargados de la administración de recursos escasos.⁷⁴³ Estos tres aspectos —jurídico, político y económico— corresponden a las tres dimensiones de la acción organizacional que hemos mencionado anteriormente:

- El componente institucional corresponde a la dimensión “política” de los tribunales.

⁷⁴¹ Luhmann (1993, pp. 320 y ss.). Luhmann hace notar también que en la bibliografía apenas se menciona la legitimidad puramente organizacional del derecho de creación judicial, y señala otras útiles contribuciones de la organización a la labor judicial, como por ejemplo, descargar a los jueces de las consecuencias de sus decisiones.

⁷⁴² *Ibidem*, pp. 328 y ss., 330.

⁷⁴³ *Cfr.* Hazard, Jr. (1965).

- La tecnología judicial es definida y administrada por la profesión, representada por los jueces y otros funcionarios judiciales.
- El componente estructural gestiona los recursos necesarios para el funcionamiento de la organización *stricto sensu*, aunque también proporciona las condiciones para la aplicación exitosa de la tecnología judicial y el desarrollo adecuado de la dimensión institucional de los tribunales.

B. La burocratización y la profesionalización de los tribunales

Hasta ahora, el análisis de la naturaleza organizacional de los tribunales se ha mantenido en un nivel general. En este apartado trataré de examinar y aclarar, de manera más específica, la relación entre las dimensiones profesional y estructural (burocrática o administrativa) de los tribunales, ya que tal relación puede tener un impacto significativo sobre las estrategias potenciales para aumentar la eficiencia. Una razón inmediata de esta discusión son las frecuentes aseveraciones (y quejas) de que los tribunales angloamericanos (en particular en los Estados Unidos) han estado sometidos a un proceso de “burocratización” que socava los valores tradicionales del procedimiento judicial contradictorio.⁷⁴⁴

La burocratización en este sentido es ejemplificada principalmente por las técnicas de gestión de asuntos (*case management*) que aplican crecientemente los jueces angloamericanos con el fin de lograr una resolución más expedita de los asuntos, pero también puede ser reconducida a otros fenómenos estructurales del litigio.⁷⁴⁵ En contraste con lo anterior, examinaremos un proceso paralelo en los países de tradición romanista que podemos llamar “profesionalización”. Aunque se desarrollan en niveles diferentes, los dos fenómenos representan una tendencia convergente entre ambas tradiciones jurídicas, y ello debe revelarnos algo sobre la creciente importancia de la administración y la gestión en el funcionamiento de los tribunales, así como su íntima vinculación con la dimensión profesional de los mismos.

En relación con estos procesos de burocratización y profesionalización, podría ser útil aclarar primeramente la relación entre “burocracia” y “pro-

⁷⁴⁴ Véase, por ejemplo, Fiss (1983), Resnik (1982) y Heydebrand y Seron (1990). Esta discusión puede ser fácilmente encuadrada en términos de la relación inversa entre justicia y eficiencia que se examinó en el capítulo segundo.

⁷⁴⁵ Véase en general Clark (1981) y Heydebrand y Seron (1990).

fesión” como formas de autoridad. Svante Beckman ha propuesto una tipología de la autoridad basada en una doble distinción entre autoridad basada en instituciones/personas y autoridad basada en objetivos/*status*, de acuerdo con la Tabla 2:⁷⁴⁶

TABLA 2
TIPOLOGÍA DE LA AUTORIDAD
(Beckman 1990)

	Basada en objetivos	Basada en status
Basada en instituciones	Autoridad burocrática	Autoridad de derechos
	Autoridad profesional	
Basada en personas	Autoridad experta	Autoridad comunitaria

De acuerdo con esta tipología, hay cuatro formas principales de autoridad: burocrática, de derechos, experta, y comunitaria. La “autoridad burocrática” se refiere a las reglas y roles, definidos institucionalmente, relacionados con objetivos y tareas contractuales. La “autoridad de derechos” depende de obligaciones aceptadas y ligadas a los derechos que corresponden a los titulares de un *status* institucionalmente asignado. La “autoridad experta” está basada en objetivos y deriva de las presuntas capacidades de

746 Beckman (1990, p. 129). Beckman intenta investigar el problema de la profesionalización, es decir, el incremento en la importancia relativa del conocimiento socialmente sancionado, de acuerdo con dos herramientas taxonómicas que se refieren a la organización del trabajo y al papel del conocimiento, de lo que se derivan diversas formas de autoridad. Los cuatro tipos de trabajo que examina, los cuales dependen del grado de preparación formal que requieren y su autonomía relativa, son los siguientes: “trabajo proletario”, “trabajo calificado”, “trabajo vocacional” y “trabajo profesional”.

desempeño de las personas, mientras que la “autoridad comunitaria” corresponde a la persona y el *status*, y las instrucciones de esta fuente poseen autoridad por la fuerza de un sentido de comunidad. Estos tipos de autoridad entran en conflicto unas con otras, siendo el mayor eje de conflicto el que se produce a lo largo de las dos diagonales: entre los tipos de autoridad experta y de derechos, y entre los de las autoridades burocrática y comunitaria.⁷⁴⁷

La autoridad profesional, que deriva de un conocimiento experto socialmente sancionado, se encuentra en la frontera entre la autoridad experta y la burocrática, conteniendo elementos de ambas. Claramente pertenece al tipo de autoridad “moderna” basada en objetivos, pero resulta ambigua en la dimensión personal-institucional. En tal posición intermedia, los grupos profesionales se ven obligados a librar batallas en defensa de su autoridad en dos frentes: contra la autoridad plenamente institucionalizada y ligada a roles de la burocracia, y contra la autoridad basada plenamente en personas del “conocimiento libre”, que no se “encuentra promovido institucionalmente por títulos ni autorizaciones”.⁷⁴⁸ La posición intermedia “permite a los profesionales alternar entre el énfasis en los méritos de la autoridad protegida institucionalmente, contra los agentes del «libre mercado» del conocimiento experto, y los méritos de la calidad personal y la independencia institucional frente a las estructuras burocráticas”, una legitimación ambigua que es parte de la esencia de la autoridad profesional.⁷⁴⁹

La tipología ayuda a explicar por qué puede ocurrir en la sociedad contemporánea el doble proceso de la “burocratización” de los roles profesionales y la “profesionalización” de los roles burocráticos. Sin embargo, desde el punto de vista de las tendencias sociales *reales*, es la “burocratización” de las profesiones la que ha atraído la mayor atención. “Burocratización” en este sentido significa la tendencia de las profesiones a perder su autonomía jurídica formal en los mercados laborales al ser empleadas de manera creciente en las burocracias privadas y públicas.⁷⁵⁰

Esta tendencia ha sido bien documentada en relación con la profesión jurídica. En muchos países, el número de abogados independientes ha estado declinando en términos relativos, en comparación con el sector creciente

⁷⁴⁷ *Ibidem*, pp. 129 y ss.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p. 131.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 132.

⁷⁵⁰ *Ibidem*, pp. 133 y ss.

te de abogados asalariados que trabajan ya sea en empresas privadas o en despachos jurídicos, contables o de consultoría, así como en dependencias gubernamentales, frecuentemente bajo las instrucciones y supervisión de un no abogado.⁷⁵¹ En los Estados Unidos, por ejemplo, entre 1954 y 1970 el número de abogados independientes creció un 19 por ciento, mientras que el número de abogados empleados por el gobierno federal aumentó 108 por ciento y los empleados por los gobiernos de los estados un 167 por ciento. El número de abogados empleados en los negocios casi se quintuplicó entre 1951 y 1980, mientras que el de los abogados independientes ni siquiera se duplicó.⁷⁵²

Sin embargo, en términos de autoridad social no está claro que la autoridad profesional haya perdido importancia relativa. Mientras que el tipo y grado de autoridad ejercida por los grupos de profesionales depende del tipo de función que desempeñan realmente en las organizaciones, el ejercicio mismo de la autoridad experta no depende directamente del goce de autonomía formal.⁷⁵³ En la tipología de Beckman, la profesionalización, o a la inversa, la burocratización, no son directamente una cuestión de organización formal, sino de la “eficiencia social, relativamente cambiante, de los diferentes tipos de autoridad en las pautas generales de autoridad en la sociedad”.⁷⁵⁴

Enseguida trataremos de establecer una conexión entre la tipología de Beckman y la discusión de la burocratización de los tribunales. Hasta el momento no sabemos si la burocratización, o la profesionalización en su caso, preservan el mismo significado (es decir, formas de autoridad y su eficiencia social relativa) al utilizarse en un nuevo contexto. Sin embargo, podemos obtener ayuda adicional para abordar esta cuestión a partir de una

751 Abel (1989b) y Szelényi y Martin (1989, pp. 276 y ss.).

752 *Ibidem*, pp. 103 y ss., mencionan cuatro categorías de países y formas de burocratización: a) Países “latinos”, en los cuales el autoempleo sigue siendo dominante (Italia, España, Francia y Alemania). b) Países del *common law*, en los cuales han declinado los despachos unipersonales (*solo practice*), pero los abogados han optado por emplearse en los despachos de otros abogados (Estados Unidos). c) Países en los que la burocratización se ha producido dentro del gobierno (Noruega, donde 44% de todos los abogados están empleados en el sector público), y d) Países, como Bélgica, en los que la burocratización se ha producido dentro de las empresas.

753 Beckman (1990, p. 134).

754 *Ibidem*, pp. 134. Davies (1983) desafía las concepciones de la burocracia y la profesión como estructuras inmanentes y enfatiza la necesidad de abandonar la noción de una dicotomía profesional-burocrática.

descripción más precisa de los elementos burocráticos y profesionales en los tribunales y su importancia relativa en las diferentes tradiciones jurídicas. De hecho, los modelos judiciales del *common law* y del derecho romanista, tal como han evolucionado históricamente, han sido denominados “profesional” y “burocrático”, respectivamente.⁷⁵⁵

Es bien sabido que una significativa diferencia entre las tradiciones jurídicas del *common law* y la romanista reside en la selección de los jueces, la importancia social que se le otorga a su rol profesional, así como las formas en que se desempeñan las funciones judiciales. En este sentido, se considera que la tradición del *common law* representa un modelo de justicia “profesional” con fundamento en las siguientes características generales:⁷⁵⁶

- Los jueces son seleccionados entre miembros distinguidos de la abogacía, por lo regular después de muchos años de ejercicio profesional; por tanto, su rol no es considerado como rama separada sino como continuación del ejercicio profesional privado.
- No existe un entrenamiento específico u obligatorio para ser designado juez.
- Los cargos judiciales no forman parte de una carrera jerárquica organizada, en la cual el avance está sujeto a criterios administrativos, como la antigüedad.

Por estas razones, entre otras, los observadores del mundo del *common law* dudarían, con razón, en describir los tribunales como organizaciones burocráticas. Para ellos, la burocracia “implica jerarquía, acuerdo relativamente claro sobre los objetivos de la organización, la existencia de medios eficaces para asegurar el cumplimiento de estos objetivos, y un grado significativo de autonomía frente al entorno”,⁷⁵⁷ y pocas de estas condiciones parecen aplicables a los tribunales. Un sistema de tribunales de diversa jerarquía no implica necesariamente una jerarquía en sentido burocrático, aunque puede servir como mecanismo para el control selectivo de las decisiones tomadas por las autoridades inferiores.⁷⁵⁸

⁷⁵⁵ Guarnieri (1994), Guarnieri y Pederzoli (1996, pp. 66 y ss.). Esta diferencia radica en los distintos modelos de Estado en los que se apoya. Véase Damaška (1986, pp. 71 y ss.).

⁷⁵⁶ Guarnieri (1994, pp. 56 y ss.) y Guarnieri y Pederzoli (1996, pp. 66 y ss.).

⁷⁵⁷ Feeley (1979, p. 16).

⁷⁵⁸ Cfr. Shapiro (1980).

¿Qué es lo que quieren decir entonces aquellos que sostienen que la función judicial en la tradición angloamericana se está burocratizando de manera creciente? Evidentemente, con ello no pretenden señalar el fortalecimiento de las relaciones de jerarquía en los sistemas judiciales, ni una reducción del valor social de la profesión judicial como tal, sino que se refieren más bien a los cambios organizacionales provocados en los tribunales como respuesta a las crecientes cargas de trabajo. Para algunos, este tipo de burocratización es un cambio preocupante e insidioso, ya que altera la naturaleza distintiva de la función judicial en los procedimientos de tipo contradictorio.⁷⁵⁹ Sostienen, por ejemplo, que la gestión de los asuntos (*case management*), que es una de tales respuestas, ha dado origen a una nueva forma de “activismo judicial”, cuyos beneficios parecen tener escaso fundamento empírico y cuyos problemáticos subproductos significan menos garantías procesales y menos justicia.⁷⁶⁰

Algunos estudios empíricos parecen confirmar esta idea de que el cambio en el número, el tipo y, sobre todo, en el modo de resolución de los asuntos ante los tribunales estadounidenses, se debe, en buena medida, a transformaciones de tipo administrativo y gerencial. David S. Clark ha documentado estadísticamente tales cambios, hasta inicios de los años ochenta, en los tribunales federales de los Estados Unidos.⁷⁶¹ En tal sentido, Clark ha identificado una tendencia que denomina “de la resolución judicial hacia la administración”, lo que quiere decir que el principal modo de resolución de controversias ha pasado de las técnicas propiamente judiciales y contradictorias a las administrativas. En su opinión, la principal fuerza motriz detrás de esta transformación ha sido, sin duda, el movimiento político a favor de la reforma judicial y su énfasis en la gestión eficiente de las cargas de trabajo. Sin embargo, también ha contribuido el aumento de los procedimientos de masas que son sometidos a un tratamiento rutinario, así como el surgimiento de los litigios de derecho público que exigen la intervención del juez en complejas cuestiones de política social.⁷⁶² El resultado ha sido un proceso de burocratización del Poder Judicial federal,

759 Véase Resnik (1982) y Hoffman (1982).

760 Resnik (1982). Que éste es un fenómeno que no sólo afecta a los tribunales de los Estados Unidos queda de manifiesta en las propuestas al Lord Canciller de Inglaterra a favor de la gestión de asuntos como estrategia de reforma para los tribunales ingleses. Véanse algunos de los ensayos publicados en Zuckerman y Cranston (eds.) (1995).

761 Clark (1981).

762 *Ibidem*, p. 66.

ampliado y reforzado por la creación de estructuras administrativas nacionales y regionales ligadas a los tribunales de distrito y por la adopción de reglas estandarizadas que limitan la autonomía profesional del juez. Dadas las funciones constitucionales que cumplen los tribunales, estas transformaciones no deben considerarse exentas de problemas.⁷⁶³

Otro estudio de los tribunales federales de distrito de los Estados Unidos, realizado por Wolf Heydebrand y Carroll Seron, llega a una conclusión similar: que la organización del trabajo judicial y las formas predominantes de resolución de los asuntos en esos tribunales han cambiado de manera profunda en las últimas décadas.⁷⁶⁴ Con base en datos cuantitativos, cualitativos e históricos, los autores intentan establecer una relación empírica entre las fuerzas del entorno (economía política y demografía) y las cargas de trabajo, la organización de los tribunales, y los procesos de decisión judicial:⁷⁶⁵

Bajo el doble impacto de la creciente demanda de servicios y la limitación de recursos fiscales y organizacionales, la administración de justicia se racionaliza. Los tribunales están dejando de ser dominios semifeudales, controlados profesional y colegialmente, por los jueces, para convertirse en dependencias administrativas modernas, análogas a una empresa, preocupadas por la celeridad, la eficiencia, la productividad, la simplificación y la efectividad de costos en la provisión de servicios judiciales. La función judicial, bajo el eje del debido proceso y los procedimientos contradictorios, se dirige hacia la gestión de asuntos, las sentencias negociadas y la negociación informal dentro de un sistema organizacionalmente integrado, basado en conocimiento experto de tipo técnico-gerencial y tecnología de la información computarizada.⁷⁶⁶

Heydebrand y Seron enfatizan, en repetidas ocasiones, que las transformaciones que describen no implican simplemente un cambio hacia un modelo “burocrático” tradicional, en el sentido de una bifurcación de las funciones burocráticas y profesionales que se traduce en una expansión de los

⁷⁶³ *Ibidem*, pp. 76 y ss., 150.

⁷⁶⁴ Heydebrand y Seron (1990).

⁷⁶⁵ *Ibidem*, p. 1.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, p. 3.

servicios de apoyo administrativo.⁷⁶⁷ Por el contrario, es un movimiento del sistema judicial como un todo —y que ellos denominan “racionalización tecnocrática”— hacia nuevas formas de racionalización técnica y social, en un intento por aumentar, en conjunto, su flexibilidad, su capacidad de respuesta y de gestión de las crisis. Es un modo de administración que no es “profesional”, es decir, con “jueces autónomos y dominantes que sostienen el sistema contradictorio y el imperio de la ley”,⁷⁶⁸ ni “burocrático”, con líneas de autoridad, una estricta división del trabajo y procedimientos y reglas organizacionales formales”.⁷⁶⁹ Una consecuencia adicional es que también ha cambiado la naturaleza de los servicios proporcionados por los tribunales, pasando de un servicio profesional a una especie de “producción de mercancías”.⁷⁷⁰

No resulta sorprendente que Heydebrand y Seron se muestren muy críticos de esta tendencia hacia la justicia tecnocrática. Ambos sostienen que tal tendencia socava la independencia judicial y contribuye a su gradual declive.⁷⁷¹ Y si bien no abordan directamente la cuestión de la calidad de la justicia que deriva de los cambios que analizan, dan a entender claramente que el modelo tecnocrático no satisface su concepción de justicia, pues señalan de manera expresa su preferencia por un “modelo democrático de justicia”⁷⁷²

La tendencia hacia la burocratización, o racionalización tecnocrática, según la han analizado Clark, Heydebrand y Seron, y otros, tendría que ser bastante evidente para cualquier observador. Lo que no resulta tan evidente es la interpretación negativa que se hace de este fenómeno.⁷⁷³ Se trata, sin embargo, de una cuestión que no puede resolverse plenamente. Los de-

767 *Ibidem*, pp. 210. El concepto de rol judicial como rol organizado indica la misma idea en la medida en que la función judicial misma está sometida a la administración y no separada de ella.

768 *Ibidem*, pp. 212, señalan que esto puede contribuir a un proceso de desprofesionalización.

769 *Ibidem*, p. 14.

770 *Ibidem*, pp. 13 y ss., 211 y ss.

771 *Ibidem*, pp. 14 y 213.

772 A la conclusión de su estudio, Heydebrand y Seron (1990, pp. 206 y ss.) analizan las respuestas a la crisis en el Estado de derecho y la administración de justicia en términos de seis posibles modelos de justicia: tradicional, profesional, burocrático, tecnocrático, económico y democrático (descritos en las pp. 215 y ss.). A pesar de su evidente preferencia por el modelo democrático, ellos mismos admiten que este modelo es “utópico en buena medida” (p. 216).

773 Véase, por ejemplo, la reseña crítica de McIntosh (1993) al estudio de Heydebrand y Seron, así como la respuesta de éstos en la misma revista (Heydebrand y Seron, 1993).

fensores de los métodos gerenciales no renunciarán a la afirmación de que la gestión judicial eficiente no reduce, sino que amplía, el espacio otorgado a la justicia sustantiva y al examen adecuado de los asuntos que lo ameriten desde el punto de vista jurídico y social.⁷⁷⁴ Y siempre será controvertida la suposición de una era dorada del sistema contradictorio en que se apoyan algunos de estos análisis críticos.⁷⁷⁵

La “burocratización” de los tribunales en el mundo del *common law* tiene que ser vista en una perspectiva histórica más amplia. Solamente así quedará de manifiesto que la gestión de asuntos no es sino una expresión discernible de un proceso más amplio de racionalización que ha hecho a la tradición angloamericana converger lentamente, en algunos aspectos, con los sistemas romanistas, los cuales iniciaron y concluyeron su propio proceso de racionalización algún tiempo atrás. Un ejemplo de la racionalización judicial en la tradición angloamericana es la abolición de las “formas de acción” y el establecimiento de una jerarquía, más próxima a la organización judicial continental, en la Inglaterra del siglo XIX.⁷⁷⁶ Aunque se encontraba más “racionalizado” en sus inicios que los tribunales ingleses de la época, el sistema judicial de los Estados Unidos todavía se hallaba inmerso en un vasto proceso de unificación y racionalización a nivel estatal en los años setenta del siglo XX.⁷⁷⁷

Por mucho tiempo una característica común de ambas tradiciones jurídicas era que el sistema judicial era administrado (y todavía lo es en alguna medida) por el poder ejecutivo, como reminiscencia histórica de las atribuciones jurisdiccionales del rey. Además de esta limitada similitud en sus orígenes, la organización judicial en los países romanistas posee ciertas características que la distinguen claramente del modelo “profesional” arriba descrito, y que la aproximan a una organización burocrática ordinaria. Por tanto, no es del todo injustificado llamarla “burocrática”, aún por razones históricas.

En los países romanistas, el componente burocrático de los tribunales puede rastrearse hasta la Edad Media. Unos siglos más tarde, los tribunales se consolidaron crecientemente en el marco de la Revolución Francesa, la cual impulsó un proceso de racionalización y articulación jerárquica, en

⁷⁷⁴ Véase, por ejemplo, Saari (1982, p. 14).

⁷⁷⁵ Véase Friedman (1984, pp. 168 y ss.).

⁷⁷⁶ Jolowicz (dir.) (1992, pp. 9 y ss.) y Glenn (1995).

⁷⁷⁷ Véanse, por ejemplo, Scheb, II y Matheny (1988) y Flango (1994).

sustitución del patrón un tanto caótico de jurisdicciones múltiples que se traslapaban.⁷⁷⁸ Otras transformaciones históricas contribuyeron también a la racionalización burocrática del poder judicial. En el continente europeo las doctrinas de la división de poderes y de la voluntad general encarnada por el legislador, tuvieron el efecto de generar una concepción de la función judicial como aplicación mecánica de la ley, sin que los jueces tuvieran ninguna posibilidad de crear derecho o incluso de interpretarlo.⁷⁷⁹ La selección de los jueces y la administración del sistema judicial permanecieron firmemente en manos del poder ejecutivo, lo cual permitió, mantuvo y promovió la visión de los jueces como funcionarios públicos sujetos a un *status* y a una carrera profesional similar a la carrera burocrática ordinaria.⁷⁸⁰

Las características tradicionales del modelo “burocrático” de justicia son las siguientes:⁷⁸¹

- Los jueces forman una rama separada de la profesión jurídica. Para tal función son seleccionados principalmente a través de concursos y exámenes abiertos a candidatos recién egresados de los estudios universitarios.
- El entrenamiento y la formación para el desempeño de las labores judiciales se llevan a cabo dentro de la institución judicial misma,⁷⁸² y de los jueces se espera que estén capacitados para ocupar cualquier plaza judicial.
- La organización judicial es jerárquica, en el sentido de que la promoción y ascenso desde los cargos judiciales inferiores depende de la antigüedad y otros méritos, según resulte de la evaluación más o menos discrecional de otros jueces en cargos superiores o del Ministerio de la Justicia.

Comprensiblemente, en este modelo es más bien marginal el elemento profesional, en el sentido de una contribución creativa específica hecha por

778 Vincent *et al.* (1996, pp. 4 y ss.).

779 Hay que recordar que la Corte de Casación como tribunal supremo francés era, en sus inicios, un cuerpo dependiente de la legislatura y que su función era la de prevenir la incorrecta aplicación de las leyes por los jueces.

780 Fix-Fierro (1997, pp. 247 y ss.).

781 Guarnieri (1994, p. 56) y Guarnieri y Pederzoli (1996, pp. 66 y ss.).

782 Varios países han establecido instituciones especializadas para estos efectos, conocidas como “escuelas judiciales”, así Francia y España. Véase Guarnieri y Pederzoli (1996, p. 41) y Sagüés (1998).

una autoridad experta en la solución de los problemas que se le someten. Como lo ha señalado elocuentemente una aguda observadora: "...puede decirse que la actividad profesional de los jueces ha sido considerada tradicionalmente en modo residual, como espacio intersticial al interior de los comportamientos prevalecientes, los cuales son de naturaleza no profesional".⁷⁸³ La tendencia a desatender el problema de la identidad profesional de los jueces se ha desarrollado en dos direcciones: 1) la actividad profesional de los jueces es vista, por un lado, como un mero reflejo de su posición de clase y su ideología; 2) por el otro, como efecto de las presiones que, en un sentido amplio, pueden calificarse como de naturaleza burocrática, tales como su posición en la jerarquía judicial y los criterios que rigen el desarrollo de la carrera judicial, el reclutamiento y la socialización.⁷⁸⁴ Por tanto, no es de extrañar que, en esta tradición, los jueces adopten un perfil público más bien bajo y que rara vez sean identificados como personalidades destacadas de la sociedad;⁷⁸⁵ por lo mismo, tampoco reclaman para sí poder o un papel político fuera de la institución judicial. En lo interno, las relaciones jerárquicas circunscriben y limitan la independencia de los jueces en lo individual.⁷⁸⁶

No obstante lo anterior, el papel tradicional de los jueces en los países romanistas ha estado sufriendo una profunda transformación en las últimas décadas, en dirección hacia un rol y una posición más prominentes, lo que los aproxima a la función de los jueces en la tradición del *common law*.⁷⁸⁷

783 Ferrarese (1984, p.131). El capítulo VI se intitula significativamente "I Magistrati, tra burocrazia e professione" ("Los magistrados entre burocracia y profesión").

784 *Idem*. Como estudio de caso (Japón) sobre la influencia de los criterios y las presiones burocráticas en el comportamiento profesional y las resoluciones de los jueces, véase Abe (1995).

785 En contraposición con la posición social prominente de que gozan los jueces en los países de tradición jurídica angloamericana. Sin embargo, Abel (1989a, p. 172) señala la paradójica posición de los jueces en la profesión jurídica estadounidense. Por un lado, gozan de poder y prestigio extraordinarios debido a su destacada función en la creación de derecho. Por la otra, el proceso mediante el cual se selecciona a los jueces (al menos en su mayoría) no inspira respeto. En cambio, en "la mayoría de los países romanistas, la judicatura es una rama distinta del servicio civil, la cual atrae a muchos de los egresados más talentosos de las escuelas de derecho y los retiene durante toda su carrera; los que muestran las mayores capacidades son promovidos a las instancias judiciales superiores".

786 Véase Abe (1995).

787 Algunas de las razones que explican la creciente relevancia de los tribunales en el mundo contemporáneo han sido examinadas en el capítulo primero.

Esta tendencia puede ser descrita, en parte, como proceso de “profesionalización”, es decir, como reevaluación de los elementos específicamente profesionales en la función judicial.

Un aspecto inicial de la profesionalización en este sentido es el papel social más relevante y las significativas facultades de creación de derecho que se han reconocido finalmente a los jueces del mundo romanista,⁷⁸⁸ un reconocimiento duramente ganado y reforzado por una creciente especialización, y que encuentra su expresión más prominente en los tribunales constitucionales. Este papel social relevante es consecuencia natural del papel más prominente de la legislación y la administración en el Estado de bienestar, lo que demanda un grado más elevado de control que solamente puede ser proporcionado por los tribunales. El ejemplo más destacado de ello es, nuevamente, la justicia constitucional. Como lo ha señalado Mauro Cappelletti: los tribunales tienen que escoger “entre ...ajustarse a los límites tradicionales, típicamente decimonónicos de la función judicial, o ...elevarse hasta el nivel de los otros poderes, e incluso convertirse ellos mismos en un “tercer gigante” que controle al mastodonte legislador y al leviatán administrador”.⁷⁸⁹

Otro aspecto, aún más central y que va de la mano con el apenas mencionado, es la identidad propia y autónoma que ha alcanzado la carrera judicial tradicional. Esto se ha logrado en varios países principalmente a través del establecimiento de un órgano especializado y encargado de la administración del rol organizado de los jueces y otros funcionarios judiciales: el consejo de la judicatura.⁷⁹⁰

El consejo de la judicatura es un órgano especial establecido inicialmente en España e Italia a comienzos del siglo XX. Después de la Segunda Guerra Mundial se extendió a otros países de tradición romanista, tanto en Europa, incluyendo algunos países ex socialistas, como en América Latina.⁷⁹¹ Su objetivo explícito es el de aumentar la independencia y autono-

⁷⁸⁸ Véase, por ejemplo, Cappelletti (1989, pp. 30 y ss.).

⁷⁸⁹ *Ibidem*, p. 19.

⁷⁹⁰ Los nombres dados a esta institución presentan algunas variantes. Se denomina Consejo Superior de la Magistratura en Francia e Italia (*Conseil Supérieur de la Magistrature*, *Consiglio Superiore de la Magistratura*, respectivamente) mientras que en España es el Consejo General del Poder Judicial. Para una explicación de los orígenes y difusión de esta institución, véase Fix-Zamudio (1997).

⁷⁹¹ Fix-Zamudio y Fix-Fierro (1996).

mía de los jueces y los tribunales,⁷⁹² y por tanto, de su función e identidad profesionales propias frente a las dependencias del ejecutivo y el legislativo, a través de su intervención en el proceso de selección, nombramiento, promoción y disciplina de los jueces y otros funcionarios judiciales.⁷⁹³

Se puede decir que el consejo de la judicatura contribuye a la “profesionalización” y la “desburocratización”⁷⁹⁴ de los tribunales y del rol del juez, al menos en los siguientes aspectos:⁷⁹⁵

- *Composición*: ordinariamente, el consejo está compuesto de una mayoría de jueces de todos los niveles y categorías, de modo que el sesgo jerárquico natural que existe entre ellos se atenúa un tanto por la voz que se otorga a los rangos inferiores; también forma parte de él una minoría de otros miembros de las profesiones jurídicas, como abogados y académicos, quienes deben impedir que la institución judicial se cierre y se concentre solamente en problemas internos.
- *Control de las instituciones de formación judicial* (escuelas judiciales) establecidas específicamente para el entrenamiento y selección de los candidatos a los cargos judiciales, y para la formación continua de los jueces en funciones; esto otorga al consejo considerable influencia en la ideología profesional dominante en el poder judicial.
- *Participación en la designación de jueces*: la selección, designación y promoción de los jueces es realizada cada vez más a través de procedimientos objetivos (exámenes o concursos públicos) que reducen las facultades discrecionales del órgano que selecciona o nombra.
- *Rol institucional como órgano representativo del poder judicial*, capaz de establecer o influir en la política judicial, tanto dentro como fuera de la institución judicial.

Una cuestión final que hay que abordar todavía es la relación entre los procesos de “burocratización” y “profesionalización” en relación con la

⁷⁹² El *Conseil Supérieur de la Magistrature* francés es, formalmente, un órgano auxiliar del presidente de la República como garante de la independencia judicial, conforme al artículo 64 de la Constitución de 1958.

⁷⁹³ Fix-Zamudio y Fix-Fierro (1996) y Guarnieri y Pederzoli (1996, p. 74).

⁷⁹⁴ “Profesionalización” y “desburocratización” no son equivalentes, estrictamente hablando, pero se interrelacionan estrechamente en el presente contexto.

⁷⁹⁵ Véase Fix-Fierro (1995b). El Consejo de la Judicatura puede considerarse como organización profesional de los tribunales como organización profesional.

eficiencia. Ambos procesos pueden ser considerados como tendencias hacia un aumento de la eficiencia judicial, aunque su impacto en la función judicial es distinto. La burocratización tiene claramente el objetivo de producir un tratamiento más flexible y efectivo de las cargas de trabajo de los tribunales. Por el contrario, la profesionalización es menos significativa para el funcionamiento eficiente de los tribunales, pero mucho más para su legitimidad y eficiencia institucionales y sociales.

C. La unidad de análisis y el enfoque interorganizacional

Otra cuestión más que debe abordarse en el contexto de esta aproximación general a los tribunales como organizaciones se refiere a la “unidad de análisis” adecuada. Cuatro son las posibilidades que han sido utilizadas como unidad de análisis:

- El tribunal individual.
- El sistema judicial, es decir, el conjunto de tribunales que forman una unidad interrelacionada o un orden jurisdiccional.
- El grupo de trabajo de la sala de audiencias.
- El tribunal en lo individual en su interacción con otras organizaciones.

Los estudios organizacionales sobre los tribunales usualmente adoptan alguno de estos enfoques, cuya justificación examinaremos brevemente a continuación.

El enfoque más evidente es el considerar a uno o varios *tribunales en lo individual* como unidad de análisis. Un tribunal es una unidad que puede ser identificada fácilmente conforme a criterios jurídicos u organizacionales y que se diferencia claramente de un entorno específico, lo que permite estudiar de qué manera afectan su funcionamiento —por ejemplo, en términos de número y tipo de asuntos a ser procesados— los factores existentes en ese entorno.⁷⁹⁶

En segundo lugar, el *sistema judicial* en conjunto puede ser adoptado como unidad de análisis. Nuevamente, es posible examinar las relaciones de este sistema como un todo con otras organizaciones en su entorno, como alguno de los otros poderes, o bien examinar las relaciones internas, de tipo jerárquico o administrativo, entre las subunidades que componen el sistema.

796 Heydebrand y Seron (1990, pp. 9 y ss.).

ma judicial. Debido a su complejidad, es de esperarse que este enfoque sea utilizado rara vez, o si acaso, sólo en forma implícita.⁷⁹⁷

Una tercera perspectiva se enfoca al *funcionamiento interno de los tribunales*. Dentro de un tribunal, el grupo de trabajo judicial (*courtroom workgroup*) puede ser identificado como una organización propia, la cual es responsable de la celeridad y los modos en que son resueltos los asuntos. Este enfoque ha sido empleado especialmente para el análisis de la justicia penal en los Estados Unidos,⁷⁹⁸ a partir del procedimiento de tipo oral en el que varios actores establecen patrones identificables de interacción, sobre todo cara a cara. Estos patrones afectan el resultado específico de los asuntos, lo que permite hacer comparaciones entre tribunales. Sin embargo, este enfoque puede ser utilizado para analizar el funcionamiento interno de los tribunales en general, siempre que ciertos actores establezcan patrones identificables de interacción que tengan impacto en su funcionamiento, como la división del trabajo o la gestión de una crisis.

Sin embargo, los miembros de este grupo de trabajo (jueces, fiscales, abogados y trabajadores sociales) también pertenecen a *otras organizaciones* (llamadas en ocasiones organizaciones “patrocinadoras” o “matrices”), lo que significa que responden, en mayor o menor medida, a los intereses y estrategias de estas otras organizaciones. Esto implica que las interacciones entre estos actores están marcadas no sólo por las estructuras y normas específicas al interior del grupo,⁷⁹⁹ pero también por las normas y los objetivos de las organizaciones “matrices”. Por tanto, los miembros del grupo de trabajo están vinculados por una doble lealtad, y el grupo tiene que tratar de reconciliar o superar las orientaciones concurrentes de sus miembros, así como compartir las orientaciones laborales de otras organizaciones.⁸⁰⁰

El cuarto enfoque generaliza la idea de que varias organizaciones, no solamente la organización del tribunal, contribuyen a configurar los resultados del proceso judicial, y se enfoca en las relaciones que se establecen entre el tribunal y esas otras organizaciones. ¿Cuál es la posición del tribu-

797 Véase, por ejemplo, Posner (1996).

798 Véase, por ejemplo, Eisenstein y Jacob (1977).

799 Jacob (1976, p. 158): “Su carga de trabajo, condiciones laborales, y su producto son resultado de las interacciones en la sala de audiencias, más que de las directivas emitidas por sus organizaciones matrices”.

800 Jacob (1976, pp. 158 y ss.).

nal en relación con estas últimas? Varios son los modelos que pueden concebirse desde una perspectiva gerencial.⁸⁰¹

Un primer modelo concibe al tribunal como organización autocontenida, una gran máquina que debe ser mantenida como foro para la solución de conflictos “cuando los abogados estén preparados”.⁸⁰² Otra opinión considera a los tribunales como la organización dominante, “ubicada en el medio pero también en el ápice de una poderosa red de organizaciones y grupos de interés”.⁸⁰³ Por último, un tercer modelo considera al tribunal como organización dentro de un sistema multiorganizacional, en el cual aquél posee “responsabilidades especiales respecto de la coordinación del sistema”, pero no se trata de la organización dominante; el tribunal se convierte en “facilitador de una dirección común aunque las organizaciones dentro de la red judicial mantengan objetivos independientes”.⁸⁰⁴

El enfoque *interorganizacional*⁸⁰⁵ es indispensable si se pretende entender las diferentes racionalidades y objetivos que cooperan, o entran en conflicto entre sí, dentro de los tribunales, así como las tensiones entre ellos que influyen en el resultado de los asuntos. Como lo señalan Martin y Maron, existen tres fuentes de tensiones:

Primero, dentro del sistema judicial existe una tensión entre la expectativa de una jerarquía entre las organizaciones y la necesidad de establecer amplias relaciones en la red interorganizacional. Segundo, existe una tensión entre las expectativas de que los tribunales sean las organizaciones predominantes, imparciales, desapasionadas, que resuelven conflictos dentro del sistema judicial y al mismo tiempo que sean también el órgano administrativo preeminente responsable de supervisar y regular el sistema en su conjunto. Tercero, existe una tensión entre la necesidad de un sistema de justicia administrativo integrado y la necesidad de mantener la división de poderes entre las ramas judicial y ejecutiva del gobierno local.⁸⁰⁶

El enfoque interorganizacional para el estudio de los tribunales es una herramienta explicativa mucho más compleja, pero por lo mismo más po-

⁸⁰¹ Martin y Maron (1991, pp. 270 y ss.). Esto significa que otras perspectivas pueden llegar a otras conclusiones.

⁸⁰² *Ibidem*, p. 271.

⁸⁰³ *Ibidem*, pp. 274 y ss.

⁸⁰⁴ *Ibidem*, p. 278.

⁸⁰⁵ Sobre la relevancia actual de este enfoque véase Calás y McGuire (1990).

⁸⁰⁶ Martin y Maron (1991, pp. 269 y ss.).

derosa. La consecuencia más importante de esta perspectiva puede ser la idea de que ciertos efectos que se atribuyen generalmente a los tribunales, como la dilación, deben ser atribuidos a la interacción de distintas organizaciones o actores que no son controlados por los tribunales mismos, como pueden ser los abogados.⁸⁰⁷

3. La influencia del contexto organizacional

En este apartado describiremos varios estudios empíricos que hacen referencia a ciertos aspectos y dimensiones de la organización judicial que se han desarrollado más arriba. En relación con el problema de la conducta racional y la eficiencia, estos estudios ofrecen, primeramente, una crítica explícita o implícita del enfoque económico, y en segundo lugar, una interpretación alternativa o complementaria. Esta interpretación no excluye el papel de las consideraciones de eficiencia en la función judicial, pero las sitúa en un contexto matizado.

Los estudios organizacionales de la función judicial, cuyo ejemplo más visible son los análisis del fenómeno omnipresente de las sentencias negociadas en los tribunales penales de los Estados Unidos, pueden ser interpretados como crítica más o menos explícita del enfoque económico sobre el litigio judicial. A pesar de la básica y visible compatibilidad de las hipótesis económicas con los comportamientos que pueden observarse empíricamente en los tribunales, también puede argumentarse que estas suposiciones, y los modelos que se derivan de ellas, no toman en cuenta algunos elementos —como la incertidumbre— que pueden ser descritos e interpretados adecuadamente en términos de dimensiones y restricciones organizacionales, por ejemplo, en términos de la tecnología empleada por la organización.⁸⁰⁸ Dicho de otra manera: es necesario considerar a la organización como *contexto* de las decisiones y los comportamientos racionales, como sea que sean definidos o modelados, dentro de los tribunales. De no hacerlo así, no será posible explicar de manera plena

⁸⁰⁷ Véase Welsh y Pontell (1991), quienes examinan los cambios interorganizacionales en tres condados de California como efecto de los mandamientos judiciales para reformar las cárceles locales. Concluyen que si bien dichos mandamientos llevaron a un acoplamiento más estrecho de los subsistemas y a respuestas más proactivas entre dependencias, en un primer momento causaron más conflictos entre éstas.

⁸⁰⁸ Esta es la tesis central de Matheny (1980).

y satisfactoria las *diferencias* en los patrones de resolución entre jurisdicciones.⁸⁰⁹

La influencia del contexto organizacional puede ser generalizada, de modo negativo, como crítica de cualquier teoría o modelo basados en la racionalidad que traten de explicar los *resultados* judiciales⁸¹⁰ en sus propios términos solamente, lo que incluye los enfoques puramente organizacionales. Positivamente, dicha influencia puede ser concebida como posibilidad de integrar, sintetizar y ampliar el poder explicativo de tales modelos y teorías. Así, por ejemplo, un estudio empírico sobre los resultados de las sentencias penales en 73 condados del estado de Minnesota trata de hacer esto en relación con tres enfoques teóricos sobre la producción de sentencias penales: una teoría jurídica formal, una teoría política sustantiva, y una teoría de la conservación organizacional.⁸¹¹

La teoría formal jurídica señala que las sentencias están determinadas primariamente por variables jurídicas; la teoría política sustantiva sostiene que las sentencias están determinadas por variables jurídicas y de *status* social, mientras que la teoría de la conservación organizacional concluye que las sentencias están determinadas por variables jurídicas y operacionales.⁸¹² El estudio realizó un análisis estadístico de una muestra de 1,532 casos de delitos graves que concluyeron con sentencia condenatoria y que se iniciaron en los primeros seis meses de 1983.⁸¹³ La variable dependiente —las sentencias— se mide de acuerdo con la probabilidad de recibir una condena de prisión, así como con la duración de dicha condena.⁸¹⁴ Las variables independientes —las variables jurídicas, sociales y operacionales— se aplican a través de una o varias medidas.⁸¹⁵ Se introduce una medida de la burocratización “para probar si el nivel de burocratización de la administración judicial y fiscal cuando son procesados los casos condiciona los efectos de las variables jurídicas, operacionales y sociales sobre las

809 Matheny (1980, p. 281) y Dixon (1995, pp. 1164 y ss.).

810 Conviene enfatizar que, si bien nos referimos aquí a los resultados, una noción implícita en la idea de contexto organizacional es que el proceso es también de importancia central, incluso cuando dichos resultados son explicados en términos de racionalidad sustantiva (por ejemplo, de naturaleza política).

811 Dixon (1995, pp. 1157 y ss.).

812 *Ibidem*, pp. 1157 y ss., 1159 y ss.

813 *Ibidem*, p. 1168.

814 *Ibidem*, p., 1171.

815 *Ibidem*, pp. 1172 y ss.

sentencias”.⁸¹⁶ Son dos los componentes de la organización burocrática judicial que se toman en cuenta: complejidad de la división del trabajo y descentralización de la toma de decisiones. Por lo que se refiere a la oficina de los fiscales, son dos también las medidas de la burocratización: complejidad organizacional (número de divisiones o departamentos) y descentralización de la toma de decisiones (sentencias negociadas).⁸¹⁷

Los resultados del estudio revelan lo que significa “contexto organizacional” respecto de las múltiples variables que afectan los resultados de las sentencias. Cuando se omite el contexto organizacional en el que es procesado un asunto, la teoría de la conservación organizacional es la que mejor puede predecir el tipo y duración de la condena.⁸¹⁸ Si por el otro lado, se introducen las dos dimensiones de la burocratización arriba apuntadas, se modifica la relevancia de las distintas teorías y sus variables. En palabras de la autora:

Las conclusiones sobre el análisis tanto de los contextos judicial como fiscal revela que la teoría jurídica formal se ve apoyada bajo condiciones de baja burocratización y que la teoría de la conservación organizacional se ve apoyada bajo condiciones de alta burocratización, ya sea judicial o fiscal. Este patrón persiste tanto en relación con la condena a prisión como con su duración, pero es más fuerte en relación con este último aspecto.⁸¹⁹

En conclusión: los resultados del estudio “apuntan hacia las limitaciones de cualquier teoría de las sentencias que omitan abordar el contexto organizacional que éstas se producen”.⁸²⁰

A. El grupo de trabajo judicial y las sentencias negociadas en la justicia penal

Las sentencias negociadas (*plea bargaining*), es decir, la admisión que hace el acusado de un cierto grado de culpabilidad a cambio de una reducción en los cargos o la sentencia ofrecida, es un método muy difundido en el sistema de justicia penal de los Estados Unidos para resolver los asuntos

⁸¹⁶ *Ibidem*, p. 1176.

⁸¹⁷ *Ibidem*, pp. 178 y ss.

⁸¹⁸ *Ibidem*, pp. 1181 y ss.

⁸¹⁹ *Ibidem*, p. 1183.

⁸²⁰ *Ibidem*, pp. 1192 y ss.

penales sin pasar por el juicio, ya sea ante por jurado o ante el juez, pues éste es costoso y tardado.⁸²¹ De manera implícita o explícita, se supone que las sentencias negociadas son un mecanismo para aumentar la eficiencia en el procedimiento penal. Esta suposición deriva de dos fuentes interrelacionadas:

- Por razones históricas, el procedimiento judicial angloamericano está basado en el principio del juicio por jurado, y este principio determina algunas de las características más destacadas del procedimiento judicial; así por ejemplo, la audiencia como exposición concentrada, oral de los argumentos contradictorios de las partes; la definitividad de la resolución de primera instancia y las limitadas posibilidades de apelación, etcétera.⁸²² Aunque el juicio por jurado es un derecho que se reconoce al acusado, también es un derecho al que puede renunciarse, y así se hace la mayoría de las veces. A cambio, el fiscal tiene la facultad de decidir cuáles casos consignar y cuáles sentencias pedir.⁸²³
- El juicio por jurado es complejo, costoso, tardado y, sobre todo, un procedimiento de resultado incierto tanto para la acusación como para la defensa. En vista de las crecientes cargas de trabajo, se parte del supuesto de que el sistema de justicia penal quedaría paralizado si todos los casos llevaran a juicio por jurado, y que las sentencias negociadas son un mal necesario que no puede evitarse ni mucho menos prohibirse, como se ha intentado en ocasiones.

Los estudios empíricos sobre las sentencias negociadas en los tribunales penales de los Estados Unidos han tratado de responder, principalmente, dos preguntas: ¿cuáles son los factores que favorecen la negociación o el juicio ante el juez (*bench trial*) frente al juicio por jurado? ¿Hasta qué punto es la “presión del caso”, es decir, la necesidad que tienen jueces, fiscales

821 Friedman (1984, pp. 166 y ss.).

822 Damaška (1986, pp. 57 y ss.).

823 En comparación, los fiscales en la tradición continental están mucho más sometidos a las disposiciones jurídicas, de modo que en principio no pueden decidir discrecionalmente si presentan cargos o no, en tanto se satisfagan los requisitos señalados en la ley. Sin embargo, esto no significa que no haya negociaciones con los inculpados, especialmente si las pruebas no son claras. Simplemente significa que la negociación no es una forma oficial, abierta y destacada para manejar los asuntos, por lo que es probable que se manifieste en otras etapas y formas del procedimiento.

y abogados para procesar expedidatamente tantos casos como sea posible, un factor que explica el predominio de las sentencias negociadas? Dicho en otras palabras: ¿es la eficiencia la preocupación central en el contexto de la negociación de sentencias? Los datos reunidos por los estudios empíricos mencionados no son concluyentes y son susceptibles de interpretación en uno u otro sentido.

Un estudio realizado en los años setenta sobre la resolución de casos por delitos graves en tres ciudades de los Estados Unidos trató de determinar los factores responsables de la opción a favor de la sentencia negociada frente al juicio ante juez (*bench trial*) o por jurado en un contexto de crecientes cargas de trabajo.⁸²⁴ El estudio examinó los casos de 1,500 acusados en cada una de las tres ciudades, Baltimore, Chicago y Detroit. El estudio descubrió que, además de las características de los acusados y de los casos, los diferentes resultados en las tres ciudades, tanto en las audiencias preliminares como en el proceso de negociación de la sentencia, dependían de las estructuras y las normas del grupo de trabajo (*courtroom work-group*) que operaba en el tribunal.

El grupo de trabajo mencionado posee características que se hallan comúnmente en otros grupos de trabajo organizados, como las relaciones de autoridad e influencia, los objetivos comunes, los roles especializados, la variedad de tareas y las técnicas de trabajo, así como grados diversos de estabilidad y familiaridad.⁸²⁵ Entre las características organizacionales de los grupos de trabajo y sus entornos, incluyendo sus organizaciones patrocinadoras y el contexto más amplio, dos estaban estrechamente ligadas a las opciones arriba mencionadas (es decir, admisión de culpabilidad en lugar de juicio, y juicio ante juez en lugar de juicio por jurado): la *familiaridad* entre los miembros del grupo, y los *incentivos* que motivaban su comportamiento.⁸²⁶ La familiaridad producía sentencias negociadas, pues a través de ella las negociaciones reducían la incertidumbre. Este era el caso de Chicago, descrita como “ciudad de negociación de grupo”. La producción y los incentivos financieros, así como la reducción de incertidumbre, producían juicios ante el juez, como en Baltimore, una “ciudad de juicios”. Cuando los miembros del grupo de trabajo tenían menor familiaridad entre ellos y se carecía de otros incentivos a favor de los juicios ante el juez, los

⁸²⁴ Eisenstein y Jacob (1977).

⁸²⁵ *Ibidem*, pp. 20 y ss. Véase también el estudio empírico de Lipetz (1980).

⁸²⁶ Eisenstein y Jacob (1977, pp. 62 y ss., 251 y ss.).

juicios por jurado se volvían dominantes, como en Detroit, descrita como “ciudad de sentencias negociadas burocratizadas”.⁸²⁷

Un enfoque similar fue adoptado por otro estudio que se enfocó en la “elite del tribunal”,⁸²⁸ como llama al grupo de trabajo de la sala de audiencias compuesto del juez, el fiscal y el abogado de la defensa. Los miembros de la elite del tribunal comparten el interés de procesar los asuntos de manera expedita, el cual es reforzado por ciertas restricciones del entorno, como las expectativas derivadas del debido proceso. Este interés compartido proviene de los incentivos particulares que enfrenta cada uno de los miembros de la elite del tribunal, y se traduce en un elevado porcentaje de sentencias negociadas. Tales incentivos son, por ejemplo, los siguientes:⁸²⁹

- Los honorarios promedio de un abogado particular son bajos, lo que genera interés en tramitar un elevado número de asuntos.
- Para los jueces, fiscales y defensores públicos, el motor de su interés común no es la presión de la carga de trabajo, sino la estructura de esta carga; la presunción de culpabilidad es otro factor importante que contribuye a la naturaleza rutinaria de la labor del tribunal.
- No hay incentivos profesionales ni económicos para iniciar, de manera habitual, un procedimiento formal y contradictorio.
- El poder de las elites del tribunal deriva de sus facultades discrecionales, las cuales se distribuyen entre sus miembros de tal manera que ninguno pueda dominar el funcionamiento del tribunal penal.

La evidencia empírica analizada por este estudio mostró que 56% de todos los casos en una muestra eran sentencias negociadas y representaban un 80% de todas las condenas.⁸³⁰ Sólo 12% de los acusados fueron enviados a juicio, y 60% declarados culpables. Cuando el acusado resistía los esfuerzos de la elite por mantener una atmósfera cordial y procesar los asuntos de manera expedita, era sancionado de manera bastante dura, y las sanciones resultaban tanto más severas cuanto mayor era la carga de trabajo.⁸³¹ Por tanto, los acusados eran castigados no tanto por el delito que hu-

⁸²⁷ *Ibidem*, pp. 65-171, 251 y ss.

⁸²⁸ Nardulli (1978).

⁸²⁹ *Ibidem*, pp. 67 y ss.

⁸³⁰ *Ibidem*, p. 184.

⁸³¹ *Ibidem*, pp. 217 y 219.

bieran cometido, sino por el “delito” de perturbar el funcionamiento regular de la élite del tribunal.

Un estudio sobre el funcionamiento de los tribunales penales menores en Connecticut examinó de manera específica la hipótesis de la presión de la carga de trabajo.⁸³² Para tal efecto, el estudio comparó un tribunal con elevada carga de trabajo con uno cuya carga era más ligera en una comunidad vecina, en relación con varios indicadores de un procedimiento contradictorio. El estudio concluyó que el reducido número de juicios en ambos tribunales no tenía relación con la carga de trabajo. Igualmente, la tasa de promociones por parte de los abogados defensores que deseaban una audiencia contradictoria no permitió revelar diferencias sustanciales entre ambos tribunales: aproximadamente 90% se resolvieron sin que se presentaran promociones.⁸³³

En cuanto a las sentencias negociadas, se compararon los porcentajes en el total de reducciones de las penas, más que la tasa de negociaciones. Aquí, el porcentaje de declaraciones de culpabilidad que implicaban la aceptación de una pena menor fue mucho más alto en el tribunal con elevada carga de trabajo que en el de volumen más reducido de asuntos, lo que significa que en este último “había menor necesidad o presión para resolver los asuntos mediante la reducción de los cargos”.⁸³⁴ La diferencia fue mucho más significativa cuando se tomaban sólo los cargos por delitos graves que llevaron finalmente a una condena por un delito menor.⁸³⁵ El perfil de las sentencias no reveló ninguna diferencia mayor entre ambos tribunales. Tampoco mostró diferencias dramáticas la libertad bajo caución de los indiciados, de la cual podía esperarse que fuera mucho más restringida en el tribunal de alto volumen de asuntos.⁸³⁶ La observación en la sala de audiencias tampoco pudo revelar diferencias significativas en la forma rápida y superficial en que ambos tribunales trataban los asuntos, con excepción del tiempo efectivo que se encontraban en sesión.⁸³⁷ En resumen, entre todos los posibles indicadores de un procedimiento contradictorio, la carga de trabajo sólo se relacionó claramente con la reducción de los cargos.

832 Feeley (1979, pp. 245 y ss.).

833 *Ibidem*, pp. 251 y ss.

834 *Ibidem*, p. 253.

835 *Ibidem*, p. 254.

836 *Ibidem*, pp. 256 y ss.

837 *Ibidem*, pp. 258 y ss.

Un cuarto estudio examinó la negociación de las sentencias conforme a las experiencias de fiscales, jueces y abogados defensores.⁸³⁸ Específicamente, el estudio exploró la “adaptación, posterior al reclutamiento, de nuevos fiscales, abogados defensores y jueces” a las prácticas de negociación en el tribunal, es decir, el estudio trató de determinar cómo los recién llegados se ajustaban al proceso de negociación y cuáles eran los resultados del proceso de adaptación y los resultados sustantivos.⁸³⁹ Como parte del estudio, también se sometió a prueba la eficacia de la “hipótesis de la presión del caso”. Como sucedió en otros estudios, se confirmó nuevamente la falta relativa de juicios frente a otros modos de resolución de los asuntos. Más aún, los datos estadísticos que se remontaban a las últimas décadas del siglo XIX mostraron que esta falta no era un fenómeno reciente y que las sentencias negociadas eran una práctica tan extendida en los tribunales de alto como de bajo volumen de asuntos.⁸⁴⁰

La tasa de juicios se mantuvo constante en los tres tribunales más ocupados aún cuando se introdujo un cambio de competencia que redujo la presión de los casos sin modificar el número de personal.⁸⁴¹ El autor concluye:

Más que ser un simple expediente dictado por grandes e inmanejables cargas de trabajo, la negociación de las sentencias se encuentra integral e inextricablemente ligada al tribunal ‘de audiencia’... La decisión de negociar los cargos no es, en lo fundamental, una función de la presión de los casos; existen también otros factores que explican la decisión de ir a juicio o de negociar la sentencia.⁸⁴²

Otro estudio estadístico más sobre el surgimiento de la negociación implícita de sentencias —en contraste con la negociación expresa— en los tribunales federales de distrito a finales del siglo XIX y durante las primeras décadas del siglo XX (las llamadas eras “progresiva” y de la “prohibición”),⁸⁴³ examinó tres explicaciones alternativas, cada una de las cuales se vio apoyada, aunque con matices:

838 Heumann (1978).

839 *Ibidem*, p. 1.

840 *Ibidem*, p. 28.

841 *Ibidem*, p. 30.

842 *Ibidem*, p. 32.

843 Padgett (1990).

- *Argumento de la capacidad administrativa*: la “prohibición” significó un choque masivo, discreto y de efectos de duración moderadamente larga al sistema judicial. El gran aumento en la carga de trabajo provocó un incremento en la negociación de sentencias, pero sólo en los distritos con elevada presión de trabajo.
- *Argumento de la justicia sustantiva*: la negociación de los cargos es un intento por sustituir las disposiciones rígidas y en ocasiones severas del código penal con estándares flexibles que sean sensibles al trasfondo idiosincrásico del delito.⁸⁴⁴
- *Argumento de la solidez de los cargos del Estado*: la negociación de sentencias es un método que permite al fiscal asegurar al menos algún castigo para acusados que son culpables en los hechos, pero respecto de los cuales el fiscal no está seguro de poder conseguir una condena.

Como puede observarse en todos estos estudios, la negociación de los cargos y las sentencias cumple otras funciones burocráticas, e incluso de justicia, que la mera eficiencia.

Finalmente, otros dos estudios parecen ofrecer datos contradictorios. Un primer estudio examinó los efectos que tuvo, en los tribunales de distrito de la ciudad de El Paso, Texas, una prohibición de las sentencias negociadas en 1975. Con base en un análisis de series temporales interrumpidas con datos sobre el periodo 1968-1983, el estudio sometió a prueba la hipótesis de que la exclusión de la negociación de sentencias afectó las cargas de trabajo, específicamente la proporción de asuntos que iban a juicio por jurado, así como la tasa de resolución (asuntos ingresados en relación con los concluidos). El estudio encontró un aumento considerable de los asuntos que iban a juicio por jurado inmediatamente después de la aplicación de la prohibición, así como una reducción sustancial pero gradual en la tasa de resolución, a lo cual contribuyó el juicio por jurado de manera considerable. Los resultados del estudio significan que “la prohibición de la negociación explícita de sentencias afectó la capacidad de los tribunales de distrito para ir resolviendo eficientemente los casos de delito grave”.⁸⁴⁵

⁸⁴⁴ Cfr. Feeley (1979, pp. 273 y ss.): “La posición normativa que facilita este ‘corto circuito’, es decir, la sentencia negociada, es el consenso entre casi todos los implicados de que en prácticamente todos los casos el acusado es culpable de algún ilícito relacionado con los cargos”. Al dispensar las trampas del procedimiento formal, es posible imparcial, de manera eficiente, una justicia sustantiva y equitativa.

⁸⁴⁵ Holmes *et al.* (1992, p. 139).

El segundo estudio, un análisis de los tribunales menores (municipales) de Filadelfia, trata de mostrar que hay tribunales en los que la elevada proporción de resoluciones de culpabilidad pueden atribuirse a genuinos juicios contradictorios, y que “la masa de procesos y las declaraciones de culpabilidad no tienen por qué dominar el escenario del tribunal”.⁸⁴⁶ Después de hacer los ajustes y matices apropiados (a las tasas infladas de juicios), el estudio determinó que los juicios contradictorios (sin jurado) representaban todavía 50% de todas las resoluciones por juicios o declaración de culpabilidad, una cifra que contrasta evidentemente con el número equivalente en otras ciudades de los Estados Unidos, que es de 10%.⁸⁴⁷ La proporción más elevada de juicios se derivó de la particular organización y cultura del tribunal que fomentaban actitudes profesionales y patrones de comportamiento específicos.⁸⁴⁸

Los estudios empíricos arriba descritos giran alrededor de la distinción fundamental entre dos modos distintos, y excluyentes en apariencia, de resolución de asuntos penales: el juicio contradictorio y la sentencia negociada. Sin embargo, tal distinción no es siempre clara, ya que es necesario definir qué es lo que caracteriza a la forma y grado de “contradicitoriedad” de un procedimiento judicial.⁸⁴⁹ Y aún si se puede identificar y medir los indicadores de un procedimiento contradictorio, el juicio y la sentencia negociada resultan mucho menos excluyentes uno de la otra de lo que se supone comúnmente. Más aún, es posible conceptualizar el procesamiento de asuntos penales por los tribunales estadounidenses como un proceso recursivo en el que se alternan las fases contradictorias con las que no lo son.⁸⁵⁰

A fin de determinar el lugar de los mecanismos de eficiencia en la función judicial, resulta conveniente buscar el punto de referencia y evaluación de la distinción arriba apuntada. Tal punto de referencia es

⁸⁴⁶ Schulhofer (1985, p. 520).

⁸⁴⁷ *Ibidem*, p. 524.

⁸⁴⁸ *Ibidem*, p. 590.

⁸⁴⁹ Feeley (1979, pp. 250 y ss.). Feeley propone utilizar como indicadores de un procedimiento contradictorio, además de la realización de audiencias (*trials*), las promociones formales de la defensa y las prácticas en el dictado de la sentencia. La negociación de sentencias puede entenderse en al menos dos modos: como producto de una negociación conjunta, o como proceso de que establece la “tasa común” o “precio” de determinados delitos (p. 253). Véase también Schulhofer (1985, pp. 527 y ss.), quien sugiere una noción de contradictoriedad basada en los esfuerzos de la defensa por lograr una declaración de inocencia y por oponerse vigorosamente a los cargos presentados por el fiscal.

⁸⁵⁰ Véase Emmelman (1996).

un “ideal judicial”,⁸⁵¹ que queda definido precisamente por el juicio contradictorio —sin importar que, desde un punto de vista histórico, resulte ficticio o inalcanzable— y los criterios del debido proceso que dicho juicio debe satisfacer. Por tanto, cualquier modo alternativo de resolución que se aparte del ideal, y no obstante las poderosas restricciones a las que responda aquél, puede considerarse (y descalificarse) como mecanismo que ofrece un nivel menor de justicia porque se deriva de preocupaciones ajenas, como la celeridad, el interés propio, las relaciones amistosas de trabajo, la evasión de la incertidumbre, y similares.

Lo que estos estudios muestran, en cambio, es un cuadro mucho más complejo, en el cual el contexto organizacional de la función judicial estructura habitualmente, aunque no siempre, los incentivos *generales* que enfrentan *todos* los participantes, en una forma tal que resulta más o menos *consistente* tanto con las *expectativas sociales* como con el *uso racional de los recursos sociales*. Ello no excluye la presencia de incentivos y condiciones particulares que explican las modalidades de los mecanismos de justicia y eficiencia que se observan en la realidad. Dicho en otras palabras: si bien *un* instrumento o mecanismo es el que responde con frecuencia y de manera más visible a las consideraciones de eficiencia —como sucede con las sentencias negociadas— en la realidad es la compleja interacción de variables internas y externas, así como la articulación de las tres dimensiones de la acción organizacional que ya hemos examinado, las que modifican el funcionamiento del ideal judicial y que contribuyen a las prácticas efectivas que se apartan de él. Aquí, tales variables incluyen la familiaridad entre los participantes; las rutinas de socialización y trabajo; la cultura organizacional; la presión de los asuntos; las nociones de los participantes sobre justicia sustantiva; la incertidumbre sobre los resultados, etcétera. Resulta interesante hacer notar que el *ideal judicial mismo* puede ser la causa de tales desviaciones, por ejemplo, cuando provoca el aumento de los costos del proceso en los tribunales penales menores. Según un estudio empírico sobre estos tribunales, los cargos que procesan estos tribunales son tan menores, que no resulta racional implementar las garantías del debido proceso. La mayoría de las veces el asunto se resuelve cobrando como multa la caución pagada por un acusado que decide ya no comparecer. De ahí que se afirme que aquí “el proceso es el castigo”.⁸⁵²

851 Véase Feeley (1979, pp. 278 y ss.).

852 *Ibidem*, pp. 199 y ss.

Aunque todos estos estudios se refieren específicamente al procedimiento penal en los Estados Unidos, es posible sacar conclusiones más generales en relación con los mecanismos y estrategias de eficiencia en el campo judicial. Qué es lo que sea considerado como mecanismo de eficiencia es variable y depende de una cultura jurídica, institucional y organizacional particular. Todo aquello que no pertenezca al núcleo de ideales y expectativas del procedimiento judicial en una sociedad o tradición jurídica particulares probablemente se considerará como una preocupación más o menos desligada de aquéllos, como la eficiencia. Esto puede ayudar a explicar, por ejemplo, por qué la gestión de asuntos y tribunales tienen diverso grado de relevancia en diferentes tradiciones jurídicas.

B. La organización interna de los tribunales

Los estudios empíricos examinados arriba se refieren principalmente a las rutinas y los procedimientos desarrollados dentro de un “grupo de trabajo judicial” para la resolución eficiente de los asuntos. En este apartado describiremos otro conjunto de estudios relativos a la organización interna de los tribunales, es decir, las estructuras encargadas de la admisión, distribución y control de la labor judicial en sentido amplio. Estos estudios abordan la organización general y permanente de la labor judicial en los tribunales, más que los arreglos específicos desarrollados por un grupo o élite para la resolución de asuntos concretos. Algunos estudios han sido redactados desde una perspectiva gerencial, esto es, con el propósito de recomendar cambios en las estructuras de gestión y las rutinas de trabajo de los tribunales. Como es de esperar, hay aquí un cierto grado de traslape con las cuestiones gerenciales que se examinarán más adelante.

Uno de los primeros estudios organizacionales en este sentido se refiere a la Corte de Casación italiana y fue publicado en 1969.⁸⁵³ El estudio pretende analizar las características de la división del trabajo en la Corte y en la Procuraduría General (*Procura generale*) en relación con los objetivos principales de este tribunal, así como las características del personal profesional al servicio de los diversos puestos organizacionales en ambas dependencias.⁸⁵⁴ Este análisis incluye el examen de la organización y el flujo

⁸⁵³ Di Federico (1969). De acuerdo con este autor, se trata del primer estudio organizacional sobre la administración de justicia italiana (p. 20).

⁸⁵⁴ *Ibidem*, p. 25. En consecuencia, el estudio excluyó todo análisis sistemático de las unidades organizacionales compuestas por personal auxiliar. También se encuentra au-

de la labor judicial, así como de algunos factores que causan retraso en la resolución de los asuntos. Un objetivo particular del estudio es de naturaleza práctica: ofrecer un fundamento empírico y documentado para la reforma y modernización de la administración de justicia.⁸⁵⁵

El análisis del flujo del trabajo judicial incluyó los siguientes aspectos:⁸⁵⁶

- Los servicios de documentación previos al trabajo judicial en sentido propio (principalmente “*ruolo*” y el “*massimario*”).
- Las actividades para la organización, coordinación y preparación de las resoluciones judiciales, tales como los calendarios de audiencias, el establecimiento de colegios, la asignación de tareas específicas.
- La fase de preparación para la discusión de las apelaciones, incluyendo la preparación de promociones escritas y orales por la oficina del procurador general.
- La realización de audiencias públicas, y los participantes en esas audiencias.
- El funcionamiento de la “*camera di consiglio*”.
- El control de la uniformidad de la doctrina por la “*Procura generale*”.
- La redacción de las sentencias, la “*massimazione*” (redacción de tesis) y el control de la adhesión a los precedentes.

En lo particular, el estudio identificó aspectos disfuncionales y problemas en relación con las siguientes áreas:

- La división del trabajo existente entre el tribunal y el procurador general.⁸⁵⁷
- La relación entre la uniformidad de la doctrina judicial como objetivo y la división del trabajo existente entre las subunidades del tribunal.⁸⁵⁸

sente cualquier examen sistemático de factores externos o ambientales, tales como la carencia de instalaciones adecuadas o las actitudes profesionales de los abogados, así como de su impacto en el flujo de la labor judicial.

855 *Ibidem*, p. 20. En el último apartado, el estudio examina la utilidad de los distintos instrumentos de escritura e impresión, incluyendo los de carácter electrónico, para efectos de la documentación.

856 *Ibidem*, pp. 290 y ss.

857 *Ibidem*, pp. 42 y ss.

858 *Ibidem*, pp. 50 y ss.

- El número programado y el efectivo de miembros del personal profesional (*personale togato*), su edad, el problema de su residencia fuera de la sede de la Corte, su rotación y alta movilidad.⁸⁵⁹
- La posición privilegiada de las secciones civiles en la distribución de los recursos organizacionales.⁸⁶⁰
- Las crecientes cargas de trabajo y de los asuntos pendientes de la jurisdicción civil.
- La práctica del otorgamiento de “*provvedimenti di clemenza*” en la justicia penal.

¿Cuáles son los factores que influyen en los patrones de división del trabajo en un tribunal y los determinan? ¿Cuáles son los efectos de estos patrones sobre la eficiencia de la labor judicial? En relación con la primera pregunta, resulta que el *tamaño* y la *estructura* del tribunal, así como la *amplitud de su competencia* (mixta o especializada), algunas *características personales* de los jueces, y el *tipo de comunidad* en que funciona el tribunal, desempeñan un papel importante en la definición de los modos y grados de la división interna del trabajo. Respecto de la segunda cuestión, hay evidencia para afirmar que una división *extrema* del trabajo —en particular si disocia la labor judicial propiamente dicha de las actividades de apoyo— genera problemas de coordinación y articulación que trataría de resolver un enfoque gerencial. Aquí se describirán brevemente algunos estudios que contribuyen a contextualizar estos problemas.

El primer estudio se refiere a los hábitos y estrategias de trabajo de los jueces de primera instancia (*trial judges*) en los Estados Unidos.⁸⁶¹ Si bien examina principalmente los patrones de trabajo de los jueces, el estudio intenta también establecer un vínculo con ciertos factores estructurales que influyen en ellos. Los jueces de primera instancia habitualmente laboran en tribunales de competencia general (mixta) integrados por varios jueces.⁸⁶² En las áreas urbanas, el turno y la resolución de los asuntos dependen del tamaño del tribunal y de la especialización por tipo de asunto, la existencia de divisiones formales dentro del tribunal, pero también de la anterior experiencia y los conocimientos del juez, así como

⁸⁵⁹ *Ibidem*, pp. 54 y ss.

⁸⁶⁰ *Ibidem*, pp. 90 y ss.

⁸⁶¹ Ryan *et al.* (1980).

⁸⁶² *Ibidem*, pp. 47 y ss.

de su tasa de resolución y filosofía judicial. Además de estos factores, existen sistemas específicos para el turno de los asuntos, tales como el calendario individual o el maestro,⁸⁶³ así como ciclos de trabajo específicos, tales como los períodos semanales o mensuales. Los jueces son rotados, y la rotación sigue patrones temporales que dependen también del tamaño del tribunal. Finalmente, la política de los tribunales, incluyendo la política partidista, también puede desempeñar un papel. En las zonas rurales, donde por lo común no hay jueces permanentes en los juzgados, el recorrido del circuito es la forma en que se organiza la labor judicial, una forma que admite también una variedad de modalidades.⁸⁶⁴

Desde comienzos de los años noventa, el Ministerio Federal alemán de Justicia ha encargado una serie de estudios, la mayoría de los cuales han sido de naturaleza empírica, bajo el encabezado “Análisis estructural de la administración de justicia”.⁸⁶⁵ Varios de estos estudios, realizados principalmente por despachos privados de consultoría, han analizado la organización interna de los tribunales y propuesto una serie de medidas encaminadas a mejorarla y racionalizarla.⁸⁶⁶ Aquí intentaré describir brevemente la situación diagnosticada por algunos de ellos, dejando las propuestas de cambio para más adelante.

El primer estudio se refiere a los tribunales colegiados de primera instancia en la jurisdicción común (civil y penal), así como el correspondiente

⁸⁶³ El primer tipo de calendario implica que un asunto es responsabilidad, desde su inicio hasta su conclusión, de un solo juez. El segundo tipo permite que varios jueces intervengan en distintas etapas.

⁸⁶⁴ Ryan *et al.* (1980, pp. 53 y ss.).

⁸⁶⁵ “*Strukturelle Analyse der Rechtspflege*”. Véase la introducción de van Raden y Strempel en Wibera (1991, pp. 7 y ss.) sobre los propósitos y las líneas de investigación de esta serie. El análisis estructural de la administración de justicia tiene dos objetivos centrales: mostrar las posibilidades de una descarga cuantitativa urgente de los tribunales, la cual promete tener éxito con independencia de otras medidas procesales o de personal hasta ahora, así como mostrar modos para un mejoramiento cualitativo de la administración de justicia, particularmente con la intención de hacerla más comprensible y convincente para el ciudadano. La serie comprende tres líneas de investigación: la coordinación entre los mecanismos judiciales y extrajudiciales de solución de conflictos, el diseño jurídico de los procedimientos judiciales, y la organización de los tribunales y sus procesos internos, que son los que nos interesan aquí.

⁸⁶⁶ Véase, por ejemplo, Wibera (1991), Koetz *et al.* (1992; 1993).

proceso de apelación.⁸⁶⁷ El estudio examinó dos secciones, la judicial y la administrativa.⁸⁶⁸

El diagnóstico de la sección judicial sacó a la luz los siguientes aspectos de la gestión:⁸⁶⁹

- La forma dominante de división del trabajo es la separación clásica entre oficina judicial (*Geschäftsstelle*) y despacho-secretaría (*Kanzlei*).⁸⁷⁰
- El elevado grado de división del trabajo conduce a un alto número de pasos de transporte del expediente (27 de las 62 tareas en una apelación requieren transporte del expediente).
- La distribución básica de las tareas entre oficina y secretaría es frecuentemente insuficiente.
- La forma dominante en la que se organiza el servicio de escritura es a través de una oficina central; el aumento en las tareas de escritura en casa incrementa los problemas de coordinación y comunicación.
- El creciente tamaño de los tribunales conduce a un correspondiente incremento de problemas tales como el anonimato, la falta de motivación y la falta de capacidad de servicio.

La sección administrativa mostró las siguientes características:

- La estructura organizacional no siempre es uniforme y transparente; las tareas y atribuciones no están distribuidas de manera uniforme.
- Las oficinas administrativas están encargadas en parte de tareas que no están relacionadas con las tareas del tribunal.
- Las estructuras existentes en las oficinas administrativas están orientadas a las personas y no a las funciones.
- Las funciones que deben estar unidas, como la organización y las computadoras, están fragmentadas entre diferentes oficinas, lo que provoca problemas de coordinación y comunicación, redundancia y desperdicio de recursos.

⁸⁶⁷ Koetz *et al.* (1993).

⁸⁶⁸ *Ibidem*, p. 11. En promedio, 60% del personal del tribunal pertenecía a la sección judicial y 40% a la administrativa.

⁸⁶⁹ *Idem*.

⁸⁷⁰ En la oficina judicial se combinan tres principios de organización: su propia organización de procesamiento, la organización profesional de las actividades judiciales, y la organización de servicio para los clientes del tribunal. Bauer *et al.* (1983, pp. 14 y ss.).

- Las estructuras organizacionales se han desarrollado de manera histórica y por tanto se caracterizan por una cierta falta de flexibilidad, lo que afecta la posibilidad de introducir nuevas tareas e instrumentos tecnológicos (computación).
- La posición del gerente administrativo carece de una definición organizacional clara, lo que conduce a problemas de poder y responsabilidad.

Un estudio sobre la organización de los tribunales en los nuevos estados de Alemania del Este, realizado en 1991, es decir, un año después de la unificación,⁸⁷¹ reveló problemas similares: una estricta división del trabajo entre las oficinas subordinadas, tales como la oficina de escritos, el despacho y la secretaría. Así, por ejemplo, la tarea de escritura más simple tenía que ser realizada por la oficina central de escritura. Además de lo anterior, la separación espacial se traducía en frecuentes transportes de los expedientes, aunque esto se atenuaba un tanto por la entrega directa de los mismos. Todo ello requería immensos esfuerzos de coordinación y control. En contraste, había una capacidad limitada para ofrecer servicios, tales como información, a los ciudadanos y los abogados. La división del trabajo existente tenía consecuencias sicológicas negativas, particularmente en la oficina de escritos: la fragmentación de las tareas asignadas promovía una sensación de vacío y monotonía, falta de motivación e iniciativa propia, un sentido menor de responsabilidad, así como de egoísmo.

En comparación con sus contrapartes de Alemania occidental, la oficina era por lo general mucho menor en tamaño, así como lo era también el número de jueces. No había necesidad de especialización interna entre los empleados de la oficina, lo que se traducía en una serie de efectos positivos: la situación laboral era más ordenada; los empleados tenían un mejor panorama de su trabajo, así como también una motivación intrínseca para realizarlo; también había un sentido más elevado de la responsabilidad y menor necesidad de transportar los expedientes.

Los tribunales de la antigua República Democrática Alemana poseían algunas características organizacionales propias que eran de interés.⁸⁷² Estas incluían los estrictos calendarios de trabajo de jueces y personal judicial, así como los plazos más breves para la resolución de los asuntos. Tan solo los jueces, quienes estaban disponibles para conversaciones informales

⁸⁷¹ Koetz y Frühauf (1996).

⁸⁷² *Ibidem*, pp. 172 y ss.

al menos un día a la semana, como las secretarías, proporcionaban asesoría jurídica.⁸⁷³ El sistema de clasificación y conservación de los expedientes era mucho más simple y fácil de entender. El sistema de tarjetas para el control de los expedientes también era más simple y permitía un manejo descentralizado. Cada tribunal poseía sus propios fondos para ciertos gastos. Desafortunadamente, algunas de estas características positivas estaban por desaparecer, o ya lo habían hecho, como consecuencia de que el sistema jurídico de Alemania occidental y su tecnología organizacional estaban siendo transplantados en su totalidad a los nuevos estados.⁸⁷⁴

En resumen: algunos de estos estudios muestran que la división interna del trabajo en los tribunales es básicamente una función de su tamaño, así como de la noción tradicional de la separación entre las funciones judiciales y las no judiciales. Inclusive las tareas judiciales, entendidas en un sentido amplio, pueden ser objeto de una fragmentación que conduce a numerosos problemas de coordinación y articulación (y por tanto, a mayores costos), lo que queda ejemplificado por la separación entre oficina y secretaría existente en los tribunales alemanes. Si bien la separación misma no deja de tener sus propios problemas, es más bien la *relación* que se establece entre ambas oficinas la que provoca resultados negativos. Por tal razón es que la relación existente ha sido descrita como “modelo de desintegración”, el que es resultado de la acumulación de las debilidades encontradas en los tribunales. Además de la separación entre despacho y secretaría, algunas de estas debilidades incluían la fragmentación de la secretaría en varias unidades de escritura; la fragmentación de las tareas del despacho; la introducción de niveles y funciones de gestión adicionales; la falta de proximidad espacial entre las oficinas; la tajante división de trabajo entre cada oficina, así como la gran necesidad de transporte de los expedientes. Si se conservara la separación, la cura de tales debilidades consistiría en la (re)integración parcial de algunas de las tareas.⁸⁷⁵

⁸⁷³ La opinión del juez podía tener el efecto de desalentar la presentación de una demanda, mientras que el secretario daba normalmente asesoría sobre los requisitos técnicos para tal fin, una vez que el ciudadano había decidido iniciar un juicio.

⁸⁷⁴ Koetz y Frühauf (1996, pp. 190 y ss.) hablan de una oportunidad perdida, en la medida que algunos de los rasgos positivos de la administración de justicia de la antigua RDA no tenían ninguna posibilidad de competir contra el modelo occidental. Véase también Rennig y Stempel (eds.) (1996).

⁸⁷⁵ Véase Koetz *et al.* (1992, pp. 26, 32 y ss.).

Las consecuencias negativas de la fragmentación de tareas dentro de los tribunales sugieren que su organización interna requiere racionalización, de modo similar a lo que propone cualquier gestión moderna y orientada al servicio. Esta es la principal justificación de la llamada gestión judicial.

C. Función judicial, administración y roles organizacionales

Hasta ahora, el funcionamiento interno de los tribunales, es decir, la distribución de labores judiciales y no judiciales, ha sido examinado desde un punto de vista puramente organizacional. De acuerdo con esta perspectiva, no hay distinción cualitativa entre ambos tipos de labor. Sin embargo, algunos de los estudios descritos aquí muestran que, en la práctica, hay una distinción clara entre las labores judiciales y las administrativas en sentido amplio. Dependiendo de los caracteres particulares de cada jurisdicción, la relación entre ambos tipos de tareas va desde la plena separación hasta diversos grados de integración, lo que se manifiesta en ciertos roles, como por ejemplo, los de un juez o magistrado presidente.

Hemos citado anteriormente un estudio uruguayo que muestra que los jueces no lograban entender, y de hecho no mostraban interés, en el impacto de las dimensiones organizacionales y administrativas de los tribunales sobre su rol profesional. Sin embargo, esto no significa que no exista relación entre ambos o que siempre sea posible una completa separación. En contraste, un estudio francés publicado a comienzos de los años ochenta describe los diversos modelos de relación entre la función judicial como tarea profesional y el apoyo administrativo que requiere, así como también lo que el autor llama los “*roles organizacionales*”, es decir, roles que no se circunscriben a una tarea puramente profesional o puramente administrativa.⁸⁷⁶ El estudio analizó el funcionamiento de cinco tribunales de primera instancia (*tribunaux de grande instance*) en los suburbios de París. Tres de ellos se seleccionaron debido al proceso de transformación administrativa e institucional que habían llevado a cabo recientemente. Los otros dos fueron escogidos para investigar la actividad del ministerio público (el llamado “*parquet*”) en asuntos penales.⁸⁷⁷

Las relaciones entre las funciones profesionales y algunas de las administrativas que apoyan aquéllas son descritas primeramente en relación con

⁸⁷⁶ Emsellem (1982, pp. 165 y ss.).

⁸⁷⁷ *Ibidem*, p. 35.

el rol del secretario (*greffier*). Aquí, el estudio encontró que existen tres modelos de relación en los tribunales analizados:⁸⁷⁸

- Las tareas administrativas son organizadas como un sector autónomo y conjunto de actividades, independiente de los jueces, los cuales, en última instancia, no tenían intervención en él, incluso en relación con la ejecución de su propia labor. Este era del caso de la llamada “cadena penal”, en la cual el rol del secretario era considerado como el de un “gestor” (*gestionnaire*).
- En el caso de la justicia civil, el rol del secretario estaba organizado en un sistema descentralizado que acompañaba la labor judicial en forma de la asistencia clásica a una sala o funcionario especializados (el secretario como “funcionario público”).
- En el tribunal de menores, las actividades profesionales y administrativas estaban íntimamente ligadas entre sí, y adaptadas a los ritmos y dificultades mutuos, en el rol del secretario como “asistente del juez”.

Como puede advertirse, los tres tipos de roles ocupan puntos de creciente proximidad a la actividad puramente profesional.⁸⁷⁹

Por otra parte, el rol del juez opera en un contexto carente de vida colectiva en la que las tareas profesionales y administrativas se encuentran generalmente separadas. Más aún, la movilidad relativa que requiere el avance del juez en la carrera judicial ha tenido el efecto de reforzar la vinculación de los profesionistas a su profesión, más que a la organización. Sin embargo, la indiferencia y el desapego del juez respecto de los aspectos administrativos de la labor judicial no siempre reflejan una actitud de corte tradicional, sino que más bien proviene de factores organizacionales, como el tamaño del tribunal, su estructura interna y su división del trabajo, todos los cuales condicionan la oportunidad que tiene el juez de adquirir un conocimiento pleno del funcionamiento del tribunal y de participar en las cuestiones administrativas.⁸⁸⁰

En el tribunal analizado, sólo los profesionistas, es decir, los jueces, desempeñaban roles organizacionales. Es el caso del juez presidente, que ocupa una posición legal que le confía la responsabilidad de administrar y

⁸⁷⁸ *Ibidem*, p. 157.

⁸⁷⁹ *Ibidem*, p. 158.

⁸⁸⁰ *Ibidem*, pp. 161 y ss.

coordinar las diferentes actividades y oficinas. Además de la responsabilidad de participar y resolver dentro de ciertos procedimientos judiciales, el presidente del tribunal (*chef de juridiction*) tiene una *responsabilidad profesional* por el funcionamiento del tribunal, que es distinta de la responsabilidad que implica, por un lado, la organización de la labor judicial, y, por la otra, la administración y gestión del tribunal mismo.⁸⁸¹

La responsabilidad profesional del juez presidente se refiere a los contenidos de las actividades profesionales de los miembros del tribunal. Cubre la determinación de las especializaciones, un rol de asesoría respecto de los demás jueces, la definición de la orientación general de las resoluciones judiciales (como la armonización de la jurisprudencia) y la dirección de la formación de los futuros jueces. Las tareas más administrativas del juez presidente comprenden la coordinación de las actividades del personal judicial, la organización de las audiencias, el turno de los jueces, así como la administración del presupuesto y los expedientes (distribución de los asuntos, vigilancia de los procedimientos, etcétera).⁸⁸²

Como puede verse, el rol organizacional del juez presidente incluye al menos tres diferentes combinaciones de responsabilidades profesionales, administrativas y gerenciales, es decir, estas responsabilidades no eran puramente profesionales o administrativas, sino que representan una combinación a lo largo de un amplio espectro. Sin embargo, en el desempeño de un rol organizacional como el del juez presidente, ni la dimensión administrativa, que necesariamente va ligada a cualquier responsabilidad de dirección, ni la dimensión organizacional, que deriva de las características estructurales de la organización, están subordinadas a la dimensión profesional, sino informadas por su particular racionalidad. Así, mientras la dimensión profesional no puede ser el único objeto de las facultades de dirección del juez presidente, en razón de la independencia profesional de los demás jueces, esta dimensión se expresa en las consideraciones profesionales en las cuales se basan las actividades organizacionales y administrativas.⁸⁸³

⁸⁸¹ *Ibidem*, p. 173. De hecho, estas responsabilidades son compartidas por el otro funcionario en jefe del tribunal, el procurador de la República (*procureur de la République*).

⁸⁸² *Idem*.

⁸⁸³ *Ibidem*, pp. 179 y ss. Emsellem habla de subordinación, en gran medida, de las actividades del tribunal a su objetivo profesional. Sin embargo, su descripción de las dimensiones que interactúan dentro de un rol organizacional no implican la subordinación a las consideraciones de carácter profesional, sino su penetración en ellas.

4. Los tribunales y otras organizaciones

Hemos hecho ya referencia a la posibilidad y a las ventajas del enfoque interorganizacional en el análisis de los tribunales como organizaciones. La perspectiva interorganizacional propone, en esencia, que el funcionamiento de los tribunales no es afectado sólo por su organización interna, sino también por otras organizaciones ligadas a ella. De hecho, numerosos actores en la arena judicial pertenecen a diversas organizaciones o, al menos, responden a otros intereses organizados. Los conceptos de acoplamiento “estrecho” y “suelto” (“tight” and “loose” coupling), que se utilizan para analizar las decisiones dentro de una organización en términos del efecto predecible o indiscernible de unas sobre otras, también pueden ser aplicados a las relaciones interorganizacionales, en la medida que la predecibilidad y la certidumbre constituyen problemas centrales en este sentido. Como lo muestran varios de estos estudios, la interrelación entre organizaciones tiene un impacto directo sobre la producción y la distribución de los servicios judiciales.

Esta afirmación es de importancia fundamental para cualquier proyecto de cambio o reforma que pretenda alterar el funcionamiento de los tribunales sólo a través de la modificación de las normas procesales y otros aspectos internos. En este apartado presentaremos algunos estudios que contribuyen a ilustrar la influencia de otras organizaciones en el funcionamiento de los tribunales.

A. La organización de la judicatura

Los jueces son considerados usualmente como los actores centrales en la arena judicial, ya que, debido a tal posición central y al dogma de la independencia judicial, no parecen estar sujetos a ninguna autoridad ni a decisión ajena dentro de los límites de su tribunal. Ellos mismos acostumbran considerar que son independientes en sus decisiones, así como jefes indiscutidos en sus dominios, y por ello esperan que todos quienes los rodean se ajusten a esta perspectiva.⁸⁸⁴ Hemos visto ya que el estatuto judicial es un rol organizado y administrado, y que esta noción tiene consecuencias significativas para la concepción y desempeño de dicho rol. Sin embargo, ¿pertenecen los jueces a organizaciones distintas a la organización del tribunal? ¿Cuál es el contexto organizacional más amplio de su labor profesional? ¿Se encuen-

⁸⁸⁴ Jacob (1997, p. 3).

tra su autoridad profesional constreñida o afectada por esas otras organizaciones? ¿Existen otras relaciones horizontales entre los jueces además de las líneas de autoridad jerárquica de las que forman parte?

Un estudio reciente sobre la organización de los jueces, es decir, la judicatura, en un gran tribunal urbano en los Estados Unidos (tribunal de circuito en el condado de Cook, Illinois) examina el grado de acoplamiento entre los jueces de primera instancia, a fin de “iluminar los modos en los cuales colaboran o se obstaculizan entre sí”.⁸⁸⁵ Aquí “acoplamiento” se refiere al grado en el cual las acciones de un participante tienen consecuencias predecibles para otros dentro de la organización.⁸⁸⁶ “Cuando el acoplamiento es estrecho, las decisiones que se adoptan en una unidad o nivel de una organización tienen consecuencias predecibles en otros niveles o unidades”,⁸⁸⁷ por el contrario, las actividades estarán acopladas de manera suelta si las consecuencias del comportamiento de una persona son indiscernibles o impredecibles.⁸⁸⁸

En aquel entonces, el tribunal analizado estaba compuesto por cuatrocientos jueces y era, por tanto, el tribunal unificado más grande en los Estados Unidos. La organización patrocinadora de los jueces consiste en la asamblea de jueces que se reúne en distintos foros. Los elementos acoplados tanto de modo estrecho como suelto de la judicatura son considerados como provenientes de distintas características de la estructura del tribunal.⁸⁸⁹

Los elementos más significativos de acoplamiento estrecho y suelto implican la asignación de los jueces a ciertas tareas por el juez presidente. Las facultades de asignación-adscripción del juez presidente crean un grado considerable de acoplamiento estricto en la judicatura. Las adscripciones tienen diversos grados de atractivo (por ejemplo, son menos atractivos los tribunales con altas cargas de trabajo que los de menores cargas). Por tanto, el juez presidente es capaz de “ligar el desempeño percibido con las adscripciones atractivas o no atractivas”.⁸⁹⁰

⁸⁸⁵ *Ibidem*, p. 4.

⁸⁸⁶ *Ibidem*, p. 6.

⁸⁸⁷ *Ibidem*, p. 7.

⁸⁸⁸ *Ibidem*, p. 6. Jacob hace notar que el acoplamiento “estrecho” y “suelto” no es equivalente a la distinción entre centralizado y descentralizado, ya que esta última se refiere al sitio en que radican las decisiones adoptadas, mientras que el concepto de acoplamiento se aplica a los efectos de las decisiones (p. 7).

⁸⁸⁹ *Ibidem*, pp. 8 y ss.

⁸⁹⁰ *Ibidem*, pp. 10 y ss.

Sin embargo, las facultades del juez presidente están restringidas por elementos significativos de acoplamiento suelto. El primero se origina en el modo en que los jueces de circuito llegan y permanecen en el cargo judicial (ya sea mediante nombramiento o elección), y el juez presidente tiene escasa influencia sobre él, pero tal elección es mucho más amplia respecto de los jueces asociados.⁸⁹¹ Otro elemento de acoplamiento suelto se refiere al funcionamiento interno de las divisiones del tribunal. No hay políticas uniformes que rijan la adscripción de los jueces a las distintas divisiones, y los procedimientos internos varían entre cada división.⁸⁹²

Hay otros ejemplos y fuentes de acoplamiento estrecho y suelto. Sin embargo, es importante hacer notar que estas formas de acoplamiento están yuxtapuestas. El acoplamiento suelto de las unidades dentro del tribunal “producen un presidente cuyo rol es ligar más estrictamente entre sí las unidades”.⁸⁹³ Esto es evidente en los esfuerzos del juez presidente para gestionar los expedientes y satisfacer así al público del tribunal (abogados, la comunidad de negocios, los funcionarios públicos tales como los fiscales y la policía, así como los litigantes y otros grupos de interés). Sin embargo, el grado en que tienen éxito estos esfuerzos permanece limitado.⁸⁹⁴

En conclusión, hay “bolsillos tanto de acoplamiento estrecho como segmentos de acoplamiento suelto dentro de la organización patrocinadora de los jueces”.⁸⁹⁵ Las consecuencias derivadas de la ubicación de tales bolsillos y las tensiones entre ellos se producen en tres áreas: el lugar y el estilo de la innovación administrativa en el tribunal; la capacidad de respuesta de la judicatura a sus públicos, y la asignación de los recursos y los servicios.⁸⁹⁶ En relación con el último aspecto, que es el que más nos interesa aquí, el autor observa:

La capacidad de respuesta a los grupos clientelares crea distintas asignaciones de recursos en los tribunales, las cuales tienen consecuencias graves para la administración de justicia a los diversos sectores de la pobla-

⁸⁹¹ *Ibidem*, pp. 13 y ss.

⁸⁹² *Ibidem*, p. 14. Sin embargo, dentro de cada división se produce un acoplamiento estrecho, ya que los jueces presidentes tienen, de hecho, la facultad de adscribir a los jueces de su división a cualquiera de las salas.

⁸⁹³ *Ibidem*, p. 19.

⁸⁹⁴ *Ibidem*, p. 20.

⁸⁹⁵ *Ibidem*, p. 23.

⁸⁹⁶ *Ibidem*, p. 24.

ción. Esto incluye la segregación de litigantes, la asignación del talento judicial, el racionamiento del tiempo judicial, y la movilización de apoyo político para el tribunal.⁸⁹⁷

Las partes litigantes son segregadas en formas significativas por la división del trabajo entre los distintos segmentos del tribunal: por ejemplo, la separación entre los casos de delincuencia de menores, delincuencia de adultos y asuntos civiles, los cuales son tramitados por divisiones separadas y asignados a diferentes lugares (los edificios del tribunal para menores y los tribunales penales se encuentran ubicados fuera del sector central de negocios de la ciudad). La adscripción de los jueces tiene un efecto similar:

Los jueces con menos experiencia y calificación laboran en los tribunales con altas cargas de trabajo que dan servicio predominantemente a los pobres. Estos clientes están representados por abogados de bajo estatus que no tienen mucha influencia en la mesa de negociación cuando quieren tener mejores jueces, mejores instalaciones, y un examen más detenido de sus asuntos.⁸⁹⁸

De hecho, es la necesidad que tiene el juez presidente de mantener cierto nivel de apoyo político para el tribunal, y las tensiones entre los elementos de acoplamiento estricto y suelto en la judicatura, los que afectan el racionamiento de los recursos entre las diversas secciones del tribunal y, sobre todo, el tiempo judicial.⁸⁹⁹

El estudio que acabamos de resumir se refiere a las interacciones entre todos los miembros de la judicatura en una cierta jurisdicción y hemos observado cómo las relaciones organizacionales entre dichos miembros se ven afectadas por factores externos, pero afectan a su vez el funcionamiento mismo de la justicia. Sin embargo, existen otras organizaciones patrocinadoras de los jueces que también pueden afectar el funcionamiento eficiente de todo el sistema judicial. Se trata de organizaciones *selectivas*, ya que no están compuestas por todos los miembros de la judicatura, sino que son producto de un proceso de selección entre sus integrantes. Tales organizaciones pueden tener *funciones de gobierno* respecto de la judicatura *en su conjunto*, o bien coordinar o representar los *intereses de grupo* de los jueces.

⁸⁹⁷ *Ibidem*, p. 26.

⁸⁹⁸ *Idem*.

⁸⁹⁹ *Ibidem*, p. 27.

Ejemplos de las organizaciones de gobierno de los jueces son el Consejo de la Judicatura que existe en varios países de tradición jurídica romanista y la Conferencia Judicial en los Estados Unidos. Debido a las dificultades asociadas con una perspectiva global, parece haber escasos estudios empíricos sobre las organizaciones de gobierno de la judicatura. Sin embargo, el movimiento asociativo de los jueces y su impacto en el sistema judicial ha recibido más atención por parte de la investigación empírica, particularmente en países como Francia, Italia y España.⁹⁰⁰

Italia ofrece un ejemplo fascinante de la interacción entre ambos tipos de organizaciones patrocinadoras.⁹⁰¹ Conforme a la Constitución italiana de 1948, el gobierno del estatuto de los jueces es responsabilidad del “*Consiglio Superiore de la Magistratura*”, lo que significa que los jueces mismos, o más bien sus representantes, deciden sobre su propio estatus institucional (selección, adscripciones, traslados, promociones, medidas disciplinarias), ya que poseen una mayoría de dos tercios en la composición del Consejo. Este arreglo básico, que tiene el propósito de cortar los lazos institucionales entre el Poder Judicial y el sistema político, ha dado por consecuencia una transformación ulterior del *status* y el rol judiciales debido a la creciente influencia de la asociación de jueces italianos (*Associazione Nazionale Magistrati Italiani*, ANMI) dentro del Consejo. Específicamente, varias reformas a las reglas de elección de los representantes de los jueces y magistrados han dado lugar a una reducción en la influencia que ejercen los cargos más elevados de la jerarquía judicial y a una creciente influencia de los líderes de las distintas facciones ideológicas que coexisten dentro de la Asociación.⁹⁰²

La asociación de los jueces ha logrado producir un acoplamiento estrecho entre los intereses de grupo de la judicatura y los mecanismos de gobierno administrados por el Consejo de la Judicatura. Los jueces italianos han logrado abolir virtualmente todas las restricciones organizacionales sobre el sistema de la carrera judicial, así como todas las relaciones jerárquicas que derivan de él. En consecuencia, la antigüedad es reconocida como único criterio que gobierna la promoción profesional del juez en lo individual, la cual ya no depende de exámenes ni de mecanismos de evaluación. Los jueces

900 Véanse, por ejemplo, Lyon-Caen (1981), Deville (1992) y Bea Pérez *et al.* (1988).

901 Véase Guarneri y Pederzoli (1996, pp. 54 y ss.). Véanse también Canosa y Federico (1974) y García Pascual (1997, pp. 197 y ss.).

902 Guarneri y Pederzoli (1996, p. 56).

pueden obtener incluso el título y el salario de los cargos más altos en la jerarquía judicial, aunque no desempeñen realmente las funciones correspondientes.⁹⁰³ Resulta fácil entender por qué este sistema promueve una baja motivación profesional, un sentido decreciente de responsabilidad, una falta de incentivos reales para la carrera y, por tanto, una búsqueda de reconocimiento y oportunidades fuera de la institución judicial.⁹⁰⁴ Resulta obvio que también tiene un impacto, como lo muestra el estudio sobre la judicatura en Chicago, en las formas y condiciones de provisión de los servicios judiciales sobre las que solamente podríamos especular aquí.

A. Policía y fiscales

La investigación sociojurídica ha analizado desde hace tiempo la influencia del comportamiento de la policía y los fiscales en el número y tipo de asuntos que llegan a los tribunales penales (selectividad), así como las consecuencias de tal conducta selectiva sobre el resultado de dichos asuntos. El proceso de selección ha sido concebido como una serie de etapas sucesivas, más o menos aisladas entre sí, en las cuales los actores relevantes se comportan dentro de restricciones particulares, institucionales o personales, que contribuyen a la progresiva reducción y concentración del número y categoría de los casos.

La perspectiva interorganizacional es capaz de poner un énfasis diferente sobre las razones que explican estos fenómenos. En efecto, es capaz de mostrar que el proceso observado es resultado de las relaciones interorganizacionales, más que de las restricciones a las que están sujetos actores más o menos aislados, y que las organizaciones participantes poseen con frecuencia intereses y objetivos divergentes que dificultan la cooperación.

Así, por ejemplo, es posible mostrar que la policía no tiene gran interés en realizar más detenciones que las necesarias para el mantenimiento del orden, así como tampoco lo tiene en detenciones que necesariamente conduzcan a una condena: “el arresto que no lleva a una condena puede ser útil a varias funciones valoradas por la policía”.⁹⁰⁵ Más aún, se requiere un esfuerzo considerable para asegurar una condena, de modo que a menos que la infracción sea grave, la policía puede no ver la necesidad de hacer tal es-

903 *Ibidem*, p. 57.

904 *Ibidem*, p. 58.

905 Feeley y Lazerson (1983, p. 225).

fuerzo, porque “en ocasiones ve los requisitos probatorios que imponen los tribunales como impracticables”.⁹⁰⁶ Por otro lado, resulta un tanto irónico que una buena labor policiaca “pueda contribuir a que el fiscal tenga casos débiles”.⁹⁰⁷ Si bien “son parte del mismo aparato estatal que la policía”, los fiscales son “influenciados por objetivos, presiones y expectativas muy diferentes”, los que, a su vez, “son reforzados por las diferencias en origen social, educación y aspiraciones de carrera”;⁹⁰⁸ tampoco están implicados directamente en el mantenimiento del orden, sino con la formalidad de un sistema jurídico autónomo.⁹⁰⁹

Las diferencias entre la labor de los fiscales y la de la policía representan “un conflicto de estándares y necesidades organizacionales”,⁹¹⁰ especialmente si la policía no ha sido puesta directamente bajo la autoridad de los fiscales, como sucede en los Estados Unidos al menos. Sin embargo, las obligaciones jurídicas “y las restricciones estructurales requieren un mínimo de cooperación incluso frente al distanciamiento”.⁹¹¹ En este sentido, existen numerosos modos en que instituciones con objetivos e intereses divergentes pueden tratar de atenuar el conflicto y continuar la cooperación, como los siguientes, varios de los cuales se encuentran presentes en las relaciones entre fiscales y policía:⁹¹²

- El desarrollo de relaciones de intercambio.
- La aceptación mutua de instituciones de resolución de conflictos.
- La adopción de mecanismos de coordinación.
- La emergencia de instituciones informales de frontera.
- La integración en organizaciones más poderosas.

En resumen, tenemos aquí otro ejemplo de interacción entre organizaciones que afectan la labor judicial, pero sobre la cual los tribunales no pueden ejercer sino un control menor. La labor policiaca es de relevancia central para la resolución de asuntos penales, y por tal razón, entre otras, se encuentra sujeta a las directrices de los tribunales. Los tribunales pueden

906 *Ibidem*, p. 228.

907 *Idem*.

908 *Ibidem*, p. 229.

909 *Ibidem*, p. 232.

910 *Ibidem*, p. 229.

911 *Ibidem*, p. 233.

912 *Idem*.

dictar estándares a los que están sujetas las detenciones, pero en última instancia dependen de la policía para ejecutarlas.⁹¹³

C. Los abogados y la barra

Los abogados organizados en barras y colegios tienen intereses que son al mismo tiempo comunes y antagónicos a los de los tribunales. Los abogados y los jueces comparten, en apariencia, una misma preocupación por la efectividad del sistema de justicia y por el prestigio y la influencia de la profesión jurídica. Sin embargo, también tienen preocupaciones divergentes y, en ocasiones, contradictorias. Para los jueces, la efectividad puede significar racionalización, rapidez y mayor productividad en la resolución de los asuntos, especialmente en tiempos de recursos escasos. Para los abogados, puede significar la gestión eficiente de los expedientes y el control del procedimiento en interés de sus clientes. Estas preocupaciones no son siempre compatibles entre sí. Por tanto, puede esperarse que la relación entre jueces y abogados se manifieste en forma de cooperación o de conflicto, incluyendo la transformación dinámica de una en otra, en ciclos alternados. En cualquier caso, la forma que adopte la relación está sujeta a la influencia organizacional. Esto lo demuestra un estudio sobre las relaciones entre dos tribunales franceses de primera instancia (*tribunaux de grande instance*) en dos distritos judiciales de mediano tamaño y la barra local.⁹¹⁴

En la Barra A prevalecía la desconfianza y la hostilidad de los abogados hacia los jueces. Los abogados eran muy críticos de los cambios introducidos en la administración de justicia, ya que sentían que sus intereses y preocupaciones no recibían atención. El nuevo presidente de la barra decidió lanzar un esfuerzo de cooperación, el cual tuvo rápidamente éxito en establecer un clima más relajado. Ambas partes se comprometieron a realizar cambios y concesiones mutuos. Sin embargo, los resultados positivos observados al inicio amenazaban con desaparecer. Las estrictas reglas que la barra había acordado imponerse a sí misma implicaban apoyarse en la cooperación de los miembros, la que no estaba del todo garantizada, dado el bajo nivel de disciplina y solidaridad internas que prevalecían en la organización.

⁹¹³ *Ibidem*, pp. 232 y ss.

⁹¹⁴ Ackermann y Bastard (1993a) y (1993b, pp. 69-89).

En la Barra B, la situación inicial era la contraria, ya que al comienzo los abogados evaluaban en términos positivos al tribunal. Sin embargo, también expresaban algunas reservas respecto de la noción judicial de productividad, tal como se reflejaba en las estadísticas judiciales. Entre el tribunal y la barra existía un sistema cooperativo desde algún tiempo, el cual facilitaba un clima de entendimiento mutuo y diálogo. De pronto, el tribunal suspendió unilateralmente la cooperación, debido a una fuerte falta de recursos y a la llegada de un nuevo juez presidente, lo que tuvo por resultado que la relación entrara en una fase de conflicto.

5. Los desafíos del cambio y la reforma

Ninguna institución puede darse el lujo de permanecer estática y sin cambio. Los tribunales son frecuentemente el objeto de esfuerzos de reforma. Hemos visto que los costos y el rezago, que son vistos usualmente en función de la sobrecarga de los tribunales, son una de las principales justificaciones de la reforma judicial. Sin embargo, ¿por qué es que unos esfuerzos de reforma tienen éxito y otros fracasan? Esta es una pregunta de la mayor importancia, ya que no sólo estamos interesados en el estudio del funcionamiento de los tribunales y de los factores que afectan la eficiencia judicial por sí mismos, sino que tenemos también el propósito de identificar las estrategias que puedan tener éxito en el incremento de la eficiencia. Nuestra sospecha es que la naturaleza compleja de los tribunales y los sistemas judiciales, en cuanto organizaciones, nos ofrece parte de la respuesta. Dicho en otras palabras: cualquier cambio que se introduzca en el sistema es afectado por complejas estructuras organizacionales e interorganizacionales. En este apartado, exploraremos algunas de las razones generales de por qué el cambio iniciado en el exterior, especialmente a través de reformas a las reglas procesales, encuentran obstáculos significativos en su implementación dentro del sistema judicial, y cómo el cambio se genera, se extiende y se racionaiza dentro de la organización judicial.

A. Impacto de las reformas

Dos estudios publicados a fines de los años setenta y comienzos de los ochenta reflexionan, desde una perspectiva organizacional más o menos explícita, sobre las razones del éxito limitado o del fracaso de las reformas

al sistema de justicia penal en los Estados Unidos.⁹¹⁵ Con tal propósito, ambos estudios pasan revista a varios esfuerzos de reforma y a los estudios de evaluación relevantes. Su conclusión central es que el cambio iniciado e implementado desde fuera del sistema judicial tiene escasas probabilidades de éxito si no logra tomar en cuenta las complejas estructuras de organización e incentivos en las que tienen que insertarse tales cambios.

El primer estudio se inicia con la observación de que, en la reforma de la justicia penal, “se reproduce consistentemente un patrón histórico de propuestas, implementación y fracaso en última instancia”.⁹¹⁶ La repetición del fracaso puede atribuirse fundamentalmente a la recurrencia de percepciones falsas sobre la naturaleza de la función judicial y sobre cómo puede modificarse el comportamiento dentro de ella.⁹¹⁷ Para tal efecto es preciso reconocer que las reglas formales no definen el carácter esencial del comportamiento de los actores implicados en tal función, sino que, por el contrario, tal comportamiento es afectado por restricciones prácticas más inmediatas en un contexto en que las decisiones discrecionales desempeñan un papel significativo.⁹¹⁸

Las reformas se han llevado a cabo por distintos medios, como la legislación, la jurisprudencia y la administración burocrática. Todos ellos adoptan ciertas hipótesis sobre cómo puede modificarse el comportamiento judicial y se enfocan a diferentes estructuras y recursos.⁹¹⁹ Todas esas hipótesis tienen que preguntarse primero por qué “un participante en la función judicial (*tendría que*) modificar su comportamiento en respuesta a la reforma”,⁹²⁰ y nunca perder de vista el hecho de que

la práctica real dentro del sistema judicial no es producto del azar ni la arbitrariedad, sino que más bien refleja el acomodo permanente de diversos intereses. Puesto que es probable que los actores consideren este acomodo como deseable, el cambio no se producirá de manera espontánea, sino que deberá ser inducido por la reforma. Es decir, la reforma tiene que estimu-

⁹¹⁵ Nimmer (1978) y Feeley (1983).

⁹¹⁶ *Ibidem*, p. 1.

⁹¹⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁹¹⁸ *Ibidem*, p. 28.

⁹¹⁹ *Ibidem*, pp. 19 y ss. se refiere a cinco premisas limitadas para alterar el comportamiento: la premisa tecnocrática, la premisa de los recursos, la premisa de obediencia a las reglas, la premisa pragmática, y la premisa del derecho administrativo.

⁹²⁰ *Ibidem*, p. 26.

lar el cambio al ofrecer incentivos adecuados; de otro modo, el impacto será insignificante.⁹²¹

Una reforma es una variable externa que procede de

un juicio de que el desempeño actual de la función judicial es deficiente. Aun cuando se envuelva en términos como debido proceso o protección igual, este juicio es una afirmación a favor de una cierta preferencia de política que *ex hypothesi* contradice las prioridades operativas que se reflejan en las prácticas actuales.⁹²²

Esto va a generar oposición o indiferencia hacia los objetivos de la reforma. “En la mayoría de los casos no sólo no existe un deseo general de cambio, sino que hay una tendencia sistémica a mantener el *status quo*”.⁹²³ El impacto sistémico, que puede definirse como cualquier comportamiento dentro de una organización o sistema estudiados que ha sido inducido por una reforma, ocurre solamente si la reforma ofrece incentivos *suficientes* para superar las motivaciones existentes.⁹²⁴

El segundo estudio plantea observaciones similares y llega a conclusiones parecidas.⁹²⁵ De acuerdo con el autor, la reforma de la justicia penal aborda tres problemas principales: el incentivo para iniciar la reforma, el proceso de implementación, y la evaluación.

Por lo que se refiere al *incentivo para iniciar la reforma*, el autor hace notar que, dada la falta de incentivos para un cambio general en el sistema de los tribunales, el impulso a la innovación usualmente proviene del exterior. Las reformas fracasan frecuentemente porque los reformadores ofrecen soluciones simples para los complejos problemas cotidianos, lo que mina el proceso de implementación:⁹²⁶ “quienes están en la mejor posición para determinar las necesidades de los tribunales son los que tienen el menor incentivo para innovar, mientras que quienes sí tienen tal incentivo carecen de un conocimiento detallado”.⁹²⁷

921 *Ibidem*, p. 26.

922 *Ibidem*, pp. 175 y ss.

923 *Ibidem*, pp. 176 y ss.

924 *Ibidem*, pp. 3 y 177.

925 Feeley (1983).

926 *Ibidem*, pp. 191 y ss.

927 *Ibidem*, p. 196.

La *implementación* se vuelve problemática en parte debido a varias características de los tribunales que exacerbaban la tendencia al fracaso:⁹²⁸

- La fragmentación del sistema de justicia penal facilita que se hagan juicios de éxito cuando en realidad las reformas fracasan.
- Muchas reformas han intentando darle la vuelta a instituciones inertes creando nuevos programas, pero éstos se vuelven rápidamente parte del problema.
- Con frecuencia se ha declarado prematuramente el éxito de una reforma.

Por último, la *evaluación* presenta problemas metodológicos. Una evaluación científica es inevitable porque no hay otro modo riguroso de saber si una reforma ha tenido éxito o no. Aquí apunta el autor a la inescapable paradoja de que mientras más rigurosa sea la evaluación, más probable es que no resulte concluyente.⁹²⁹ Esto resulta poco alentador para quienes deciden las políticas públicas, pues esperan definiciones claras del problema y soluciones prácticas a ellos.⁹³⁰

B. La generación, diseminación y racionalización internas del cambio

Los problemas planteados por la reforma judicial no se reducen al éxito o fracaso globales del cambio inducido externamente. También existe una crucial dimensión local que no puede desatenderse. Los cambios son frecuentemente generados y propagados por iniciativas locales, e incluso cuando son ordenados desde el centro, siempre estarán sujetos a interpretaciones y adaptaciones locales. Esto lo muestra claramente un estudio francés de ocho tribunales de primera instancia (*tribunaux de grande instance*), de mediano tamaño, realizado por dos sociólogos desde una perspectiva organizacional. El estudio ilustra y explica cómo los imperativos de la modernización y la efectividad, a los cuales debe responder ahora la institución judicial, se traducen en prácticas de gestión que surgen a partir de las carac-

⁹²⁸ *Ibidem*, p. 199.

⁹²⁹ *Ibidem*, p. 203.

⁹³⁰ En ocasiones es más fácil llegar a un consenso sobre el diagnóstico de los problemas que sobre las soluciones adecuadas y su éxito eventual.

terísticas locales de los tribunales y las preocupaciones específicas de los jueces y funcionarios que están a cargo de ellos.⁹³¹

El contexto general del cambio local se caracteriza por un margen de maniobra extremadamente reducido para la gestión de los recursos del tribunal por parte de los funcionarios responsables.⁹³² La independencia profesional de los jueces les impide a estos funcionarios la introducción de cambios en la organización de la labor judicial, ya se trate de reformas promovidas por el Ministerio de Justicia o de cambios que ellos mismos deseen llevar a cabo, sin entrar en negociaciones con todos los participantes interesados o sin llegar a acuerdos más o menos explícitos.

En lo particular, el estudio identificó varios estilos de gestión judicial en los ocho tribunales en relación con el cambio:⁹³³

- *Gestión voluntarista*: este tipo de gestión se apoya en una política global ligada a un programa de cambio. Se expresa en proyectos de transformación que tienen el propósito tanto de mejorar la efectividad de los servicios del tribunal como de alcanzar un nivel de control más elevado del flujo de los asuntos y del impacto de las resoluciones dictadas. Aquí, la iniciativa la tienen ambos magistrados presidentes del tribunal, el juez presidente y el fiscal del Estado. Ambos acuerdan un plan de acción común y de implementación del cambio. Sin embargo, la naturaleza voluntarista de las modificaciones a los hábitos de trabajo se vuelve una fuente de tensiones internas.
- *Gestión basada en oportunidades y alianzas*: este estilo de gestión se caracteriza por la ausencia de coordinación y acuerdo entre ambos funcionarios presidentes, y, por tanto, por la introducción de reformas singulares y discretas. Ya sea que sólo uno de ambos funcionarios esté interesado en iniciar y llevar a cabo los cambios, o ya sea porque ambos están preocupados por sus propias esferas de acción, los cambios tienen que negociarse con los jueces y es necesario crear alianzas con ellos.
- *Gestión “reactiva”*: ambos presidentes están en buenos términos entre sí, pero son escépticos de los cambios y no tienen conciencia de la necesidad, o el valor, de la inversión en gestión y reforma. Su mayor

931 Ackermann y Bastard (1993b, p. 10).

932 *Ibidem*, pp. 16 y ss.

933 *Ibidem*, pp. 37 y ss.

preocupación es la labor judicial y su calidad. Sin embargo, su falta de interés en el cambio no les impide dejar abierta a los jueces y otros funcionarios judiciales la posibilidad de introducir innovaciones. Sin embargo, estas innovaciones dependen mucho de la permanencia de las personas que las han introducido.

Así, a pesar de que las estructuras formales de estos tribunales son idénticas, y de que el hecho de que estén sometidos a similares restricciones, existen diferencias considerables en la implementación de los cambios y de los estilos de gestión adoptados por sus funcionarios directivos. Estas diferencias dependen menos de la personalidad de tales funcionarios y más de las relaciones que establecen entre ellos.⁹³⁴

Los medios por los que surgen, se propagan o desaparecen las innovaciones dentro de la institución judicial están ligados estrechamente a la movilidad de los jueces y a su transferencia periódica a otras jurisdicciones.⁹³⁵ El cambio se genera en diversos puntos del sistema judicial, a iniciativa de los propios jueces y con el propósito de resolver los problemas con los que se enfrentan, y luego se transmite a otras jurisdicciones siguiendo patrones complejos, pero específicos. Sin embargo, tal cambio no se propaga de manera uniforme, ya que las innovaciones son constantemente desplazadas o reinterpretadas de acuerdo con las condiciones locales, y pueden desaparecer eventualmente.⁹³⁶

Las iniciativas de cambio pueden ser examinadas en dos dimensiones: la horizontal y la vertical.⁹³⁷ La dimensión horizontal se refiere a los movimientos de los jueces en lo individual a otro tribunal y a la “caja de herramientas” y soluciones a los problemas procesales y organizacionales que llevan consigo. El paso de un tribunal a otro contribuye a enriquecer la “caja de herramientas”, al incorporar en ella nuevas experiencias. Sin embargo, las innovaciones dejadas atrás tienen que encontrar un sucesor dispuesto a adoptarlas de nuevo para que puedan sobrevivir. La dimensión vertical se refiere a la propagación de los cambios ligados a las características organizacionales de cada tribunal, lo que determina la probabilidad de que las innovaciones propuestas por los jueces sean integradas en el con-

⁹³⁴ *Ibidem*, p. 48.

⁹³⁵ *Ibidem*, pp. 13-27; también 1996.

⁹³⁶ *Ibidem*, p. 15.

⁹³⁷ *Ibidem*, pp. 18 y ss.

junto de soluciones que el tribunal ha encontrado para resolver sus problemas locales.⁹³⁸

En conclusión: la consideración de los modos en que el cambio se genera y adapta localmente tiene importancia para la imagen de toda política de modernización, particularmente si ésta parece ser una respuesta tecnocrática que se impone de manera uniforme a todos los tribunales, en función de una evaluación más precisa de sus actividades y necesidades, así como de la racionalización de su funcionamiento: la “modernización se presenta más bien como resultado de las soluciones producidas localmente por los tribunales en su intento de resolver la contradicción entre la limitación de los recursos disponibles y la necesidad de garantizar la calidad de los servicios que proporcionan”.⁹³⁹

Los cambios en la organización y el procedimiento judiciales —y ello queda bien ejemplificado por el uso de las computadoras— muestran la tensión, presente siempre, entre la tendencia hacia la uniformidad y la diversidad que es un resultado de los mecanismos locales para la introducción y adaptación de nuevos mecanismos.⁹⁴⁰ De hecho, para que tal tensión sea productiva y tenga éxito, es necesario encontrar e implementar una articulación entre las iniciativas locales y los programas nacionales de modernización.⁹⁴¹

Algunos de los estudios que se han resumido más arriba muestran la importancia de la interacción personal y colectiva en tanto contribuye al desarrollo de una cultura jurídica y organizacional específica que tiene su propia dinámica. Sin importar qué tan distantes sean los orígenes de una institución jurídica o de los impulsos de reforma, siempre tienen que ser redefinidos y renegociados al nivel de la práctica local. Por tanto, el problema de la reforma no radica en la efectividad de los impulsos centrales o de los locales, sino en la combinación de ambos.

En términos más generales, ha quedado probada la utilidad del estudio de los tribunales, los jueces, los abogados y otros actores de la arena judicial como actores organizados que responden a impulsos internos y externos. De hecho, la conclusión es que, para ser efectivos y tener éxito, los cambios requieren la condensación de la acción social. Esto significa gene-

938 *Ibidem*, pp. 18 y ss.

939 *Ibidem*, p. 49.

940 *Ibidem*, pp. 25 y 26.

941 *Ibidem*, p. 110.

rar presión sobre los actores para que adopten una forma organizada que conlleva tanto oportunidades como limitaciones. Así, por ejemplo, en el caso de los abogados franceses en las ciudades de A y B, la solidaridad interna —que es una variable organizacional— parecía ser una condición para la continuación de los esfuerzos de cooperación entre la judicatura y la barra. Esto ayuda a compensar la impresión de que los abogados no son un actor organizado al nivel interaccional, sino, en el mejor de los casos, un poderoso interés corporativo que hay que tomar en cuenta.

II. PROCEDIMIENTO

El procedimiento judicial y las organizaciones que llamamos tribunales dependen, evidentemente, uno de las otras. Pero, ¿cómo sucede esto? ¿Cuáles son los conceptos adecuados para describir y explicar esta relación? A fin de aclarar esta dependencia mutua, es necesario entender, primero, que el procedimiento y la organización se traslanan en alguna medida, ya que ambos pretenden estructurar la labor judicial en vista de la producción de resoluciones jurídicas. Sin embargo, también es importante distinguir entre el procedimiento y la organización, especialmente si pretendemos evaluar las posibilidades de manipularlos, ya sea de manera conjunta o separada, con el propósito de elevar la eficiencia judicial.

Desde un punto de vista jurídico, el procedimiento es un conjunto estructurado de actos que son llevados a cabo por personas que desempeñan roles especiales (demandante, demandado, juez, abogado), con el propósito de producir una resolución obligatoria que ponga fin a una controversia jurídica. Los actos y roles procesales son regulados por reglas jurídicas dictadas ya sea por una legislatura o por el tribunal de mayor jerarquía o incluso, a nivel local, por cada tribunal. Las reglas procesales presuponen la existencia de una organización, al menos en el sentido de que por lo común no regulan, ni podrían hacerlo, todo lo necesario para lograr el principal objetivo del procedimiento. Desde esta perspectiva, el procedimiento es una condición necesaria pero insuficiente para establecer una organización a su alrededor, si no tomamos en cuenta el hecho de que los tribunales, en tanto organizaciones, manejan una gran número de procedimientos al mismo tiempo. En la actualidad, el procedimiento significa una *masa de asuntos* para los tribunales. Por ello, quizás sería útil distinguir entre la *función judicial* como objetivo institucional alrededor del cual se establece la or-

ganización judicial, y los *procedimientos en lo individual* de distintos tipos que son actualizados constantemente por dicha organización. Con frecuencia, los estudios organizacionales sobre los tribunales consideran el procedimiento (o más bien la función judicial) como subproducto de la organización del tribunal, cuando en realidad lo cierto es que la función judicial y el procedimiento ocupan el núcleo de la organización judicial. En efecto, es posible mostrar de qué modo el aparato judicial se ha articulado alrededor de la función judicial, más que al contrario.⁹⁴²

Un procedimiento es también un *sistema social*, un conjunto diferenciado de comunicaciones sociales.⁹⁴³ Como sistema social, el procedimiento es autónomo en el tiempo y el espacio. No sólo existe dentro del procedimiento una percepción distinta del tiempo, que varía incluso entre las partes, dependiendo de si la duración les favorece o les perjudica, sino que el procedimiento crea su propio tiempo social y su propio ritmo. Por esta sola razón, el procedimiento nunca será suficientemente rápido.⁹⁴⁴ Más aún, el procedimiento posee su propia estructura de roles. Y no sólo está compuesto de un ritual invariable,⁹⁴⁵ sino que requiere la producción de decisiones como premisas de futuras decisiones.⁹⁴⁶ Su objetivo específico es la producción de una resolución definitiva que pueda ser reconocida por el sistema jurídico e incorporada a sus estructuras.⁹⁴⁷

Pero, ¿es el procedimiento acaso una organización, ya sea formal o informal? A juzgar por los elementos de teoría organizacional que hemos analizado arriba, así como del examen de la naturaleza organizacional de los tribunales, los procedimientos pueden ser indudablemente descritos como una organización que es, al mismo tiempo, distinta e independiente de la organización de los tribunales. Esto contribuye a explicar, por ejemplo, por qué el

⁹⁴² López-Ayllón (1988, p. 1020). Esta opinión está conforme con la afirmación de Luhmann de que la organización y la profesión (el rol judicial) tienen la función de garantizar la clausura del sistema jurídico (1993) y con la idea de Shapiro de que los tribunales surgen cuando la intervención de un tercero en un conflicto hace necesario impedir que la relación triádica se colapse en una situación de “dos contra uno” (1981, pp. 1 y ss.).

⁹⁴³ Luhmann (1983, pp. 38 y ss.).

⁹⁴⁴ *Ibidem*, p. 45. Sobre el papel del tiempo y el espacio en el procedimiento judicial véanse Garapon (1985; 1997) y Cordero (1985, pp. 310 y ss.).

⁹⁴⁵ Sin embargo, el ritual es importante para el procedimiento judicial. Véanse Garapon (1985; 1997) y Cordero (1985, pp. 430 y ss.).

⁹⁴⁶ Luhmann (1983, p. 38).

⁹⁴⁷ El elemento de incertidumbre es de central importancia para que el procedimiento se inicie y pueda desplegar sus efectos legitimadores. *Ibidem*, pp. 51 y ss.

grupo de trabajo judicial ha sido identificado como organización propia: se trata de una “organización procesal”, por así decirlo.

Si los procedimientos son organizaciones temporales, entonces su relación con la organización permanente de los tribunales puede ser concebida en términos interorganizacionales, y de manera más específica, como ejemplo de acoplamiento estrecho. A fin de funcionar de manera confiable y producir decisiones, la relación entre la organización procesal y la organización del tribunal debe ser tanto estrecha como predecible. Esto se logra principalmente a través de la identidad parcial de los actores que participan en ambas⁹⁴⁸ y por la detallada reglamentación jurídica de sus principales estructuras y modos de funcionamiento, lo que ocurre frecuentemente en un mismo código.

Hemos visto de qué modo el “contexto organizacional” afecta la producción de resoluciones judiciales. Del mismo modo, la organización procesal puede influir también en la organización judicial. Su autonomía fomenta y ofrece oportunidades tanto para el conflicto como para la cooperación.⁹⁴⁹ Del mismo modo, también produce expectativas y prácticas informales a las cuales se tiene que ajustar la organización del tribunal. El concepto de “cultura jurídica local”, a través del cual se ha tratado de explicar el ritmo y la velocidad de los procedimientos, es un ejemplo de esta doble vía de influencia.⁹⁵⁰

En vista de todo lo anterior, cualquier modificación a una organización afectará el funcionamiento de la otra. Como resulta evidente, esto tiene también importantes implicaciones para la reforma judicial, en el sentido de que no es suficiente introducir cambios en el procedimiento judicial *o* en el funcionamiento de la organización del tribunal, sino que hay que alterar los incentivos que actúan en *ambos* sistemas organizados si ha de tener éxito el esfuerzo de reforma.

En este apartado examinaremos los modos en que la capacidad de procesamiento de los tribunales es afectada, o puede ser incrementada, por las reglas, las estructuras y los incentivos procesales. Esta estrategia se funda

⁹⁴⁸ Como sucede, por ejemplo, con el juez, si bien en ocasión es más una identidad institucional que personal. Varios jueces pueden intervenir en distintas etapas del mismo procedimiento. En cambio, el papel de las partes es mucho más personal, en tanto su ausencia o falta de voluntad para comparecer tienen por efecto la conclusión del procedimiento.

⁹⁴⁹ Luhmann (1983, p. 50).

⁹⁵⁰ Véase, por ejemplo, Church, Jr. *et al.* (1978).

en la noción de que el procedimiento puede y debe ser racionado, más que (o además) de desalentar el litigio.⁹⁵¹ En consecuencia, se trata de hacer los procedimientos judiciales más simples, rápidos y baratos, de modo que sigan siendo accesibles para quienes los necesiten, incluso a costo de alguna reducción en la calidad de las sentencias.⁹⁵²

Son constantes, si no permanentes, los esfuerzos por acelerar los procedimientos modificando principalmente el procedimiento mismo o los plazos que se requieren para concluir las distintas etapas procesales. Esta estrategia puede alcanzar resultados positivos, y de hecho lo hace, temporalmente al menos. Sin embargo, los estudios empíricos que evalúan este tipo de modificaciones, como los que se resumen más adelante, ofrecen en ocasiones resultados no concluyentes o incluso contradictorios, lo que refuerza la hipótesis de que las reformas procesales provocan una respuesta insuficiente si solamente se modifican las estructuras *jurídicas o formales*. Por esta razón se ha explorado otras alternativas, tales como el uso de incentivos económicos, el recurso a procedimientos simplificados o sumarios que obtengan los mismos resultados; la introducción de procedimientos orales o escritos, etcétera. La otra estrategia principal se centra en la administración del sistema judicial, así como en la gestión de los tribunales y de los asuntos.

Por razones de espacio, no será posible examinar todo el rango de posibilidades para incrementar la eficiencia procesal. Así, por ejemplo, no hemos examinado el papel directivo que puede adoptar el juez como motor del procedimiento, sobre todo en la obtención de pruebas. Esta es una diferencia importante entre las tradiciones jurídicas romanista y angloamericana que ya se ha examinado en relación con el tema de la justicia procesal.⁹⁵³ Volveremos a encontrar este problema cuando examinemos la utilidad de la gestión de asuntos. Sin embargo, algunas de las soluciones que se analizan más adelante implican tal rol del juez (por ejemplo, en la aplicación de límites temporales). Se espera, no obstante, que este apartado ofrezca suficientes ejemplos, de modo que queden razonablemente claras las principales cuestiones y posibilidades.

951 Véase Zuckerman (1995).

952 *Ibidem*, p. 158.

953 Véase capítulo segundo.

1. La aceleración de los procedimientos penales

La celeridad en el procedimiento penal es una cuestión de la mayor importancia, especialmente cuando la persona acusada ha sido detenida y permanece en prisión durante la tramitación del juicio.⁹⁵⁴ A la luz de la presunción de inocencia, no sería justo que se prolongara la estancia en prisión de los acusados más allá de lo estrictamente necesario si hay la posibilidad de que sean declarados no culpables al final del juicio. Sin embargo, la rapidez no sólo está en interés de los acusados, porque la opinión pública y las víctimas también lo tienen en un castigo rápido, sobre todo de los delitos más graves.⁹⁵⁵ Puesto que las pruebas se deterioran con el tiempo, los procedimientos deberían acelerarse lo más posible sin que se afectara el derecho de defensa.

Según parece, los procedimientos penales toman demasiado tiempo en todas partes,⁹⁵⁶ y no es difícil identificar las causas de la dilación: las crecientes cargas impuestas al procedimiento para evitar el error judicial; el incremento en las tasas de delitos, combinadas con un nivel inadecuado de recursos al alcance del sistema de justicia penal.⁹⁵⁷ En consecuencia, se ha aplicado un nuevo conjunto de medidas y estrategias para reducir dicha dilación, las cuales se pueden agrupar en dos categorías principales: la eliminación total o parcial del procedimiento penal, y el reajuste procesal.⁹⁵⁸

La primera categoría significa que ciertos casos no entran en el sistema de justicia penal, ya sea porque se despenalizan por completo, porque son transferidos a las autoridades administrativas o son resueltos por el ministerio público, etcétera, o bien porque ciertas etapas del procedimiento son suprimidas o reducidas.⁹⁵⁹ La segunda estrategia comprende la introduc-

⁹⁵⁴ Véase la ponencia general de Pradel (1995), publicada en inglés, francés y español, sobre la celeridad en el procedimiento penal en el derecho comparado. Véanse las catorce ponencias nacionales y otras ponencias sumarias contenidas en el mismo número de la *International Review of Penal Law-Revue Internationale de Droit Penal*.

⁹⁵⁵ *Ibidem*, p. 343.

⁹⁵⁶ *Ibidem*, p. 344 ofrece algunas cifras. En los Países Bajos se requerían entre doce y trece meses entre la fecha de comisión del delito y la sentencia de primera instancia; en Francia, la duración promedio de la investigación preparatoria se incrementó de 5.94 meses en 1968 a 8.53 en 1977 y hasta 12.4 en 1993.

⁹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 344 y ss.

⁹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 346 y 357 las llama “celeridad mediante exclusiones procesales” y “celeridad mediante reajuste procesal”.

⁹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 346 y ss.

ción de plazos límite para la realización del juicio y el establecimiento de procedimientos especiales.⁹⁶⁰ En realidad, muchos sistemas jurídicos han introducido plazos límite a través de una cláusula general (por ejemplo: “dentro de un periodo razonable”) o indicando un plazo determinado.⁹⁶¹ Sin embargo, estos ordenamientos prevén distintas consecuencias cuando se exceden los plazos límite. Algunos autorizan la suspensión o diferimiento del procedimiento, dejando en libertad al acusado si se encuentra detenido; otros no ven razón para invalidar o diferir el juicio.⁹⁶² En los países latinoamericanos, por ejemplo, el “prisionero sin sentencia” es un fenómeno difundido, pues una buena proporción de todas las personas acusadas que se encuentran en prisión no han sido juzgadas ni sentenciadas dentro de los plazos estipulados por las leyes.⁹⁶³

Aquí nos referiremos a la evaluación empírica de los plazos límite introducidos por las llamadas “leyes de juicio rápido” (*speedy trial laws*) en los Estados Unidos. Reconociendo que la dilación puede atribuirse en muchos casos a las oficinas de los fiscales más que a los tribunales, la ciudad de Nueva York puso a prueba, en los años ochenta, un innovador sistema de incentivos financieros, en un intento por acelerar el procesamiento de los acusados. Debe hacerse notar que esta última estrategia, aunque encaminada a acelerar los *procedimientos penales*, no introdujo en realidad cambios en el procedimiento, sino que más bien modificó algunas variables organizacionales. La incluimos aquí por su interés intrínseco y como contraste a la estrategia de los plazos límite.

A. Plazos límite

Desde los años sesenta, el gobierno federal y la mayoría de los gobiernos estatales en los Estados Unidos han aprobado las llamadas “leyes de

960 *Ibidem*, pp. 357 y ss.

961 Así, por ejemplo, la Constitución federal mexicana de 1917 dispone que los inculpados serán juzgados en un plazo de cuatro meses si el delito es castigado con pena máxima de dos años de prisión, o dentro del de un año si la pena máxima excede esa duración, excepto en los casos en que el propio inculpado solicite una ampliación del plazo en beneficio de su defensa (artículo 20, apartado A, inciso VIII).

962 *Ibidem*, pp. 358 y ss.

963 Véase Pérez Perdomo (1991) y Cosacov *et al.* (1983, pp. 61 y ss.). Este último estudio determinó, mediante entrevistas, que el 26% de los inculpados en algunas cárceles mexicanas habían estado detenidos por un periodo mayor que el señalado por los plazos constitucionales.

juicio rápido”.⁹⁶⁴ Típicamente, estas leyes imponen a los tribunales la obligación de llevar a juicio a los acusados dentro de un plazo determinado, que va de cuatro a seis meses. El rigor de los plazos varía. Las leyes prevén en ocasiones el diferimiento, el cual detiene el curso del plazo por determinadas causas, tales como la no comparecencia del acusado.⁹⁶⁵ Las consecuencias de que se excedan dichos plazos varían también. Usualmente se desecha la acusación, a menos que se interrumpa el plazo, si bien algunas leyes determinan la libertad del acusado en detención preventiva cuando se excede el plazo.⁹⁶⁶

Puesto que su propósito declarado es reducir la dilación, estas leyes han sido evaluadas respecto de este objetivo.⁹⁶⁷ Sin embargo, la evaluación empírica plantea importantes dificultades metodológicas, y por tal razón, entre otras, los resultados de los respectivos estudios son ambiguos. Algunos han encontrado pruebas parciales de que las leyes de juicio rápido reducen la dilación, mientras que otras no han logrado establecer dicha correlación.⁹⁶⁸ En lo que sigue se ofrece una breve descripción de algunos estudios en este sentido.

Un estudio sobre la implementación y el impacto en la dilación de los procedimientos penales de la Ley de Juicio Rápido federal de 1974, basado en información estadística sobre los tribunales federales entre 1971 y 1981, llegó a la conclusión de que “el sistema de justicia federal logró niveles relativamente elevados de cumplimiento de los plazos especificados por la Ley durante los últimos cinco años”, es decir, entre 1977 y 1981.⁹⁶⁹ Sin embargo, el tiempo requerido para tramitar la mayoría de los asuntos

⁹⁶⁴ Marvell y Luskin (1991, p. 343). Véase el Apéndice A, que lista 29 estados que tenían leyes de juicios rápidos en 1991 (pp. 356 y ss.).

⁹⁶⁵ *Ibidem*, p. 343.

⁹⁶⁶ *Ibidem*, p. 356 consideran que la última categoría de leyes no son suficientemente estrictas para calificar como “leyes de juicios rápidos”. Lo mismo puede decirse de las leyes referentes a ilícitos menores (*misdemeanors*); de las que disponen que el imputado sea llevado a juicio dentro de cierto número de períodos judiciales; las que otorgan al juez de la causa facultades discrecionales para determinar si un asunto es desechar o no; y las que se refieren sólo a los acusados que se encuentran detenidos a consecuencia de sentencia condenatoria por otro delito.

⁹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 343 y ss.

⁹⁶⁸ *Idem*. Señalan que todos los estudios que no encuentran una relación se basan en muestras de tamaño inadecuado, mientras que los estudios bien diseñados sí identifican un impacto.

⁹⁶⁹ Bridges (1982, p. 71). Marvell y Luskin (1991, p. 344) piensan que una serie única de once años utilizada para este estudio es una base insuficiente para el análisis.

no cambió apenas en el periodo: “la mediana del tiempo transcurrido entre la presentación de los cargos y la resolución permaneció relativamente constante entre 1977 y 1981, y una reducción significativa en el tiempo de tramitación ocurrió solamente respecto de los asuntos más lentos tramitados por los tribunales federales”, lo que quizá pueda explicarse por un incremento en el uso de las disposiciones de la Ley que definen los periodos excluidos.⁹⁷⁰ La sanción de desechamiento del asunto sólo estuvo en vigor durante el último año del quinquenio citado.⁹⁷¹

Un estudio de dos años sobre el impacto de una ley de juicio rápido en tres tribunales del estado de Ohio, basado en entrevistas, observaciones y una muestra de 2,267 asuntos iniciados durante un periodo de 10 años, llegó a la conclusión de que las reglas tuvieron éxito en reducir la dilación.⁹⁷² El estudio determinó que los plazos de tramitación eran sustancialmente menores en los asuntos iniciados en el año siguiente a la entrada en vigor de la ley en dos de los tres tribunales estudiados.⁹⁷³ Sin embargo, unos años antes de la aprobación de la ley se estableció otro programa de reducción de la dilación, lo que significa que era difícil separar el impacto de la ley del correspondiente al programa anterior.⁹⁷⁴

Otro estudio evaluó el impacto de las leyes de juicio rápido en los procedimientos por delitos graves en los tribunales de Connecticut y Carolina del Norte.⁹⁷⁵ Por un lado, el estudio no encontró señales de que la ley de Connecticut hubiera reducido la dilación. Por la otra, encontró indicios fuertes de que la ley respectiva sí lo había logrado en Carolina del Norte.⁹⁷⁶ El estudio realizó, como control, numerosas réplicas con diferentes medidas de dilación y produjo resultados consistentes para cada estado.⁹⁷⁷ Respecto del impacto de la ley de Carolina del Norte, no fue posible determinar de manera indudable si había sido la ley la que había logrado la reducción en la dilación. Sin embargo, no se halló ningún otro factor que

⁹⁷⁰ Bridges (1982, pp. 71 y ss.).

⁹⁷¹ Bridges (1982, p. 72). Una evaluación escéptica de la *Speedy Trial Act* de 1974 y de las leyes de juicios rápidos en general se encuentra en Feeley (1983, pp. 156-188) y Nimmer (1978, pp. 143-156).

⁹⁷² Grau y Sheskin (1982).

⁹⁷³ *Ibidem*, pp. 109 y ss.

⁹⁷⁴ Marvell y Luskin (1991, p. 344).

⁹⁷⁵ *Idem*.

⁹⁷⁶ *Ibidem*, p. 351.

⁹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 348 y ss.

pudiera haber explicado el fenómeno a nivel estatal, “como no fuera un clima general favorable a la reducción de la dilación, del cual la ley de juicio rápido era un ingrediente clave”.⁹⁷⁸

La conclusión general puede ser que, dependiendo de sus características y disposiciones particulares, las leyes de este tipo pueden ser de utilidad en la reducción de la dilación en los procedimientos penales. Sin embargo, también hay razones para permanecer escépticos en relación con la conveniencia de utilizarlas como estrategia general para lograr este objetivo. Puede argüirse, en este sentido, que las leyes de juicio rápido se enfocan sólo a un tipo de dilación, de manera que aún cuando sean efectivas, no hay garantía de que se mejoren otros problemas de la dilación, y de hecho, éstos pueden empeorar.⁹⁷⁹ También puede decirse que la protección del derecho a un juicio rápido y a la eliminación de la dilación no son empresas idénticas o consistentes entre sí: el derecho a un juicio rápido se concentra en el daño al acusado, mientras que la dilación judicial se considera problemática aún si es provocada por la defensa para su beneficio.⁹⁸⁰

Otra línea de crítica se refiere al posible impacto de estas leyes sobre la calidad de la justicia, según la perciben jueces y abogados, y en la manera en que pueden alterar el significado y los modos del rol judicial.⁹⁸¹ Finalmente, una recomendación menos que ideal de las leyes de juicio rápido para los hacedores de políticas puede derivarse del reconocimiento de que “el estado actual del conocimiento no nos permite determinar por qué ciertas reformas en particular son o no efectivas”,⁹⁸² aunque esto no impide una especulación razonablemente bien fundada.

En vista de todas estas críticas, pero sin perder de vista el hecho de que estas leyes sí funcionan hasta cierto punto, sería recomendable intentar una evaluación preliminar de cuál sería el impacto de los plazos límite en procedimientos reales. Así, en Inglaterra, el apartado 22 de la Ley de Acusación de Delitos de 1985 otorgó facultades al Secretario del Interior para aplicar plazos límite, de manera separada en asuntos de prisión preventiva

⁹⁷⁸ *Ibidem*, p. 351.

⁹⁷⁹ Feeley (1983, p. 185). “Imponer límites temporales hace poco por resolver las causas de todo tipo que subyacen a la dilación, así como tampoco hace nada sustancial para afectar los incentivos que enfrentan los funcionarios judiciales, un paso que parece indispensable para diseñar mejorías efectivas de gestión”.

⁹⁸⁰ Nimmer (1978, p. 147).

⁹⁸¹ Véase Grau y Sheskin (1982, pp. 117 y ss.).

⁹⁸² Marvell y Luskin (1991, pp. 343, 352 y ss.).

y libertad bajo caución, a etapas determinadas del procedimiento penal hasta el inicio del juicio, aunque esta definición de plazos límite legales fue precedida de ensayos de campo en algunos tribunales: “Los juicios fueron diseñados para examinar las implicaciones prácticas de los límites para las partes y los tribunales y para ayudar a identificar plazos que fueran realistas, pero también suficientemente estrictos para servir como disciplina, minimizando así el tiempo de espera para el juicio”.⁹⁸³

B. El uso de incentivos financieros

Como ya se ha dicho, los tribunales no son siempre los responsables únicos de la dilación en la resolución de asuntos penales, sino también lo es una organización diferente: la fiscalía. Así, una interesante estrategia alternativa para la aceleración de un procedimiento penal puede consistir en ofrecer incentivos adecuados a esta última organización. Esta estrategia fue aplicada durante los años ochenta en la ciudad de Nueva York a través del Programa de Resolución Rápida (*Speedy Disposition Program, SDP*) que ofreció incentivos financieros a las seis fiscalías de distrito en la ciudad.⁹⁸⁴

El programa nació del “horror que engendró en los funcionarios de la ciudad el que un juez federal ordenara la liberación de varios cientos de internos que esperaban su juicio en un reclusorio sobre poblado”, así como de una “sensación de impotencia respecto de la regulación o incluso coordinación de la práctica de las fiscalías de distrito de la ciudad...”.⁹⁸⁵ Un análisis de la Oficina de Gestión y Presupuesto de Nueva York concluyó que incluso un decremento marginal en el número de “detenidos de largo plazo” (acusados que llevaban esperando juicio más de seis meses en un reclusorio) “produciría una reducción sustancial en la presión sobre el espacio de reclusión”.⁹⁸⁶ El objetivo del programa era lograr la reducción en el número de detenidos de largo plazo “en un contexto en que las herramientas tradicionales de la política pública, tanto regulatorias como de ‘mandato y control’ quedaban claramente fuera de cuestión”.⁹⁸⁷

⁹⁸³ Morgan y Vennard (1989, p. 1) (énfasis añadido).

⁹⁸⁴ Véanse Heumann y Church (1990) y Church y Heumann (1992).

⁹⁸⁵ Heumann y Church (1990, p. 83).

⁹⁸⁶ *Idem*.

⁹⁸⁷ *Idem*.

El SDP ofreció un monto inicial de recursos que serían distribuidos como “fondos semilla” a partir de 1984 entre las fiscalías de distrito de la ciudad de Nueva York. Con el fin de poder recibir su parte, los fiscales acordaron tratar de reducir tanto el número de detenidos de largo plazo, así como el número de los asuntos antiguos pendientes en su distrito. Al aceptar participar en el SDP, los fiscales pusieron sus oficinas en una competencia de dos años, “en la cual se asignaría la mayor parte de un monto adicional de incentivos a las que mostraran el mayor éxito en la reducción de los asuntos antiguos pendientes, así como los casos de prisión más larga”.⁹⁸⁸ Los programas específicos de reducción de la dilación que serían establecidos por cada oficina, así como el uso del dinero proporcionado por el programa, se encontraban por completo en las manos de cada uno de los fiscales de distrito.

De acuerdo con las normas y los indicadores tradicionales, el SDP fue más un fracaso que un éxito. Los éxitos a nivel de la ciudad mostraron que durante el primer año del programa hubo un modesto decremento en el número de detenidos de largo plazo (un 10%), mientras que el número de asuntos que implicaban a acusados que llevaban entre seis y nueve meses de detención se mantuvo aproximadamente igual, lo que tuvo por resultado una reducción neta de 3.8% en los casos que implicaban una detención de seis meses o más.⁹⁸⁹

Durante el segundo año, el número de detenidos de largo plazo aumentó drásticamente: 28% en los casos de más de 9 meses, y de 16.6% en los casos de más de seis meses.⁹⁹⁰ Los resultados fueron apenas un poco más alentadores en los casos ante la Suprema Corte de Nueva York: se logró una reducción bastante considerable (de 23.7%) en el número de asuntos de 11 meses al final del primer año, seguida de un aumento de 12.9% durante el segundo año. La mejoría neta fue, por tanto, apenas menor a 14%. Un aumento neto en el número de asuntos que llevaban pendientes entre 6 y 11 meses “tuvo por resultado que la reducción en el número de agregado de asuntos de 6 meses o más quedara en un moderado 4.5%”.⁹⁹¹

Sin embargo, hubo importantes variaciones entre distritos. En uno de ellos (Manhattan), hubo reducciones significativas en el número de asuntos antiguos pendientes y en el de casos de detenidos de largo plazo en am-

⁹⁸⁸ *Idem*.

⁹⁸⁹ *Ibidem*, p. 85.

⁹⁹⁰ *Idem*.

⁹⁹¹ *Ibidem*, pp. 8 y 87.

bos años del programa. En otro distrito (Bronx County), el primer año vio las reducciones más significativas logradas por cualquiera de los condados en cualquiera de ambos años. Otras dos oficinas importantes (Brooklyn y Queens) no lograron reducciones netas en ninguno de los años.⁹⁹² Estas variaciones requieren alguna explicación.

Brooklyn y Queens, los dos distritos que no lograron reducciones netas después de dos años, establecieron programas que se apoyaban en la cooperación con los tribunales —cooperación que no siempre estaba asegurada— y reasignaron sus recursos para tratar los asuntos más antiguos, lo que sometió a otras partes de la oficina a presiones adicionales. Otra posible razón de su fracaso es que establecieron lo que equivalía a un “programa de choque” que estaba diseñado como respuesta temporal a un problema sistémico.⁹⁹³ El Condado de Bronx logró las reducciones más amplias que las de cualquier oficina el primer año. Sin embargo, parece ser que el principal ímpetu para el sustancial decreto provino del tribunal, con la cooperación y la asistencia del fiscal de distrito, “de modo que no parece que el fiscal haya hecho ningún cambio *sistemático* en respuesta al SDP”.⁹⁹⁴ Manhattan, la oficina más exitosa, no se apoyó en los tribunales ni instituyó una unidad especial de “asuntos antiguos”; por el contrario, sin ningún cambio mayor en la estructura básica de la oficina o en los procedimientos para la tramitación de los asuntos, “la oficina estableció un número aparentemente menor de modificaciones que tenían el propósito de desplazar las prioridades internas de la oficina”.⁹⁹⁵

Como se dijo anteriormente, en números agregados el SDP fue claramente un fracaso: al final de los dos años del programa, la sobre población de los reclusorios seguía siendo un problema crítico en Nueva York.⁹⁹⁶ Sin embargo, el programa demostró que es posible alterar las normas establecidas y provocar cambios en las prioridades de las “atrincheradas burocracias de la justicia penal” a través de incentivos financieros,⁹⁹⁷ especialmente si hay algún grado de competencia de por medio.

992 *Ibidem*, p. 87.

993 *Ibidem*, pp. 87 y ss., 91 y ss.

994 *Ibidem*, p. 93.

995 *Ibidem*, p. 89.

996 *Ibidem*, p. 95.

997 *Ibidem*, p. 96.

2. La aceleración del procedimiento civil

El interés público en la celeridad de los procedimientos civiles parece ser menos agudo que en el caso de los procedimientos penales. Tradicionalmente, se ha considerado que en las controversias civiles solamente hay implicados intereses “privados” y, por tanto, que el ritmo del litigio se encuentra predominantemente bajo control de las partes. La resolución de controversias privadas a través del procedimiento judicial, sin embargo, genera también costos públicos, y como consecuencia de la creciente preocupación por la eficiencia judicial, la celeridad de los procedimientos civiles se ha vuelto una cuestión importante.⁹⁹⁸ Para tales efectos se ha propuesto y ensayado una variedad de medidas y estrategias,⁹⁹⁹ que van desde la alteración estructural general que priva a las partes de una porción del control que ejercen sobre el procedimiento y lo transfiere al juez o a otros funcionarios judiciales, al uso de plazos límite, como sucede en los juicios penales.¹⁰⁰⁰ Estas posibilidades han sido consideradas ya sea como alternativas o adicionalmente a las estrategias más tradicionales, las cuales intentan lograr la simplificación y aceleración de los procedimientos, por ejemplo, reduciendo los períodos de espera o a través de un mayor uso del procedimiento oral o el escrito. Otra estrategia parte del uso de procedimientos especiales abreviados, así como de distintas pistas procesales.

A. Simplificación

En 1976 se reformó el Código alemán de Procedimientos Civiles (“ZPO”) a través de la “Ley para la Simplificación y Aceleración de los Procedimientos Judiciales”.¹⁰⁰¹ Entre otras importantes modificaciones, el

⁹⁹⁸ Por ejemplo, véase Levon-Guérin y Chadelat (1998) en relación con la “excesiva pesadez de los procedimientos”, la cual, se dice, raya en la “parálisis judicial” (p. 177).

⁹⁹⁹ *Idem*. Para un panorama de las reformas introducidas en Francia durante las primeras décadas del siglo XX y de las medidas actualmente en estudio que tienen el objetivo de acelerar el procesamiento de los asuntos.

¹⁰⁰⁰ Véase, por ejemplo, Longan (1993). Por lo común existen ciertos límites temporales en los procedimientos civiles: oportunidades para presentar promociones y alegatos, o para ofrecer pruebas. Cuando no se respetan estos plazos, el derecho respectivo se pierde.

¹⁰⁰¹ Rottleuthner-Lutter y Rottleuthner (1989, p. 31). De acuerdo con un observador, esta reforma fue una respuesta al éxito del llamado “modelo de Stuttgart”, del que se hablará más adelante, ya que trató de dar un fundamento legal para varias ideas básicas de dicho modelo. Desafortunadamente, de acuerdo con la misma fuente, la legislatura

decreto de reformas tenía el propósito de acelerar los procedimientos a través de la “concentración” de las diversas etapas procesales. Este objetivo se lograba a través de la eliminación de tantas audiencias intermedias como fuera posible. Bajo ciertas condiciones, el procedimiento escrito hacía posible la eliminación de las audiencias. Más aún, se redujeron los períodos de espera entre actuaciones procesales y se limitó también la posibilidad de solicitar prórrogas y diferimientos.

Varios años después se llevó a cabo un estudio para evaluar el impacto de estas reformas en la duración de los juicios.¹⁰⁰² El estudio tomó en cuenta todos los asuntos civiles (unos 5.4 millones) iniciados en los tribunales menores (*Amtsgerichte*) y en los tribunales regionales de primera instancia (*Landgerichte*) durante un periodo de seis años, comenzando un año y medio antes de la entrada en vigor de los cambios (enero de 1975 a diciembre de 1980; las reformas entraron en vigor el primero de julio de 1977). Con base en estos datos, se construyeron series temporales para los efectos de su análisis estadístico, en forma de un “cuasiexperimento de series temporales interrumpidas”. La idea de esta metodología era determinar si el desarrollo normal de una serie temporal se había visto “interrumpido” por alguna intervención externa, así como el efecto de tal intervención en el tiempo.¹⁰⁰³ Adicionalmente, se tomaron dos muestras con el propósito de evaluar los cambios en el nivel de los asuntos en lo individual.¹⁰⁰⁴

El análisis estadístico de los tribunales menores reveló que las reformas habían conducido a una reducción de 7.8 días en la duración de los juicios, considerando una duración promedio de 110 días (nivel de significancia: 5%). La reducción más amplia se observó, tanto en términos absolutos como relativos, en los procedimientos que terminaron con un arreglo, con ambas partes asistidas por sus abogados, y en asuntos contenciosos en los

omitió incluir algunos de los prerrequisitos que contribuyeron al éxito del modelo de Stuttgart: la fase preliminar escrita no fue diseñada como procedimiento formalizado con plazos fijos cuyo cumplimiento podía ser vigilado de manera independiente por la secretaría; el tiempo y la energía del juez serían absorbidos por diversos asuntos rutinarios. Más aún, la reforma no logró garantizar que los conflictos de “complejidad más elevada” fueran del conocimiento de un colegio más que de un solo juez. Véase Bender (1979, pp. 460 y ss.).

¹⁰⁰² Véanse Rottleuthner-Lutter y Rottleuthner (1989), Rottleuthner/Rottleuthner-Lutter (1990) y Böhm (1992).

¹⁰⁰³ Rottleuthner-Lutter y Rottleuthner (1989, p. 30).

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*, pp. 30 y ss.

que se había ofrecido y desahogado las pruebas.¹⁰⁰⁵ Resulta interesante que la reducción no condujo a un número más elevado de asuntos concluidos, tanto en números totales como en promedio por juez. Esta aparente paradoja se puede explicar si se considera que es posible reducir la duración promedio de un juicio reduciendo los períodos de espera entre audiencias, pero sin alterar la duración promedio por asunto. Los autores ven esto como confirmación de que la reducción en el tiempo de procesamiento se logró precisamente observando el principio de concentración dispuesto por el legislador.¹⁰⁰⁶

Por lo que respecta a los tribunales de primera instancia, la evaluación estadística probó ser más difícil, debido a la reforma orgánica que se aprobó al mismo tiempo. Esta reforma trajo la creación de tribunales especializados en asuntos familiares, lo que alteró la competencia de los demás tribunales. Por tanto, se excluyó del análisis estadístico los asuntos familiares iniciados tanto antes como después de la intervención legislativa. Sin embargo, la reforma orgánica implicó cambios en la organización y el personal de aquellas salas que también conocían de asuntos de familia antes de la entrada en vigor de la ley de reforma. Para tomar esta situación en cuenta, se hizo una distinción entre las salas “mixtas”, es decir, las que conocían de asuntos familiares antes de la reforma, y las salas “puras” que no lo hacían.¹⁰⁰⁷

Cuando se tomaba en cuenta a ambos tipos de cámara, el efecto promedio de reducción fue de 9.7 días. La reducción fue mayor en los asuntos contenciosos que concluyeron con sentencia y en los procedimientos que terminaron en arreglo. Este efecto fue más evidente en las salas “puras” que en las “mixtas”. En el grupo de procedimientos con los tiempos de procesamiento más largos (resolución mediante sentencia contenciosa, con ofrecimiento y desahogo de pruebas) no se observó ninguna reducción significativa en ambos tipos de salas en la etapa posterior a la intervención. Finalmente, cinco grupos de asuntos ante las salas “puras” experimentaron primero una reducción y después un aumento en duración, lo que significa que el efecto de los cambios legislativos fue más temporal que permanente.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*, pp. 41 y ss. En el primer caso, hubo una reducción de 16.2 días, si bien la duración promedio del procedimiento era de 148 días; en el segundo, la reducción fue de 15.2 días, con una duración promedio de 193 días.

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*, p. 44.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, pp. 44 y ss.

¹⁰⁰⁸ *Ibidem*, pp. 46 y ss.

La simplificación en el sentido de un procedimiento menos formal puede no ser de beneficio para cualquier tipo de proceso. Es lo que demuestra un estudio estadístico alemán sobre las ventajas *potenciales* para la racionalización y eficiencia de la justicia civil a través del uso de un procedimiento simplificado para los asuntos de menor cuantía.¹⁰⁰⁹ El objetivo del estudio era evaluar una propuesta legislativa, discutida hace algunos años, para restablecer un procedimiento informal o libre, en oposición al procedimiento ordinario, para el conocimiento de demandas cuya cuantía no excediera un cierto monto (mil marcos alemanes de entonces) ante los tribunales menores (*Amtsgerichte*).¹⁰¹⁰

Con base en las estadísticas judiciales y el análisis de investigaciones anteriores, el estudio concluyó que el potencial de racionalización y mayor eficiencia a través de un procedimiento informal era extremadamente bajo y, por tanto, que no se justificaba. Esto se debía en primer lugar a la cuantía del asunto y a la sencilla estructura de esta clase de demandas.¹⁰¹¹ Un umbral de mil marcos abarcaría al 43% de todos los asuntos y el 37% de la capacidad total de trabajo de los tribunales civiles menores, lo que significa que no sería posible simplificar y racionalizar sino un 15% del tiempo de trabajo de los jueces, o sea, unas cinco horas a la semana. Dicho en otras palabras: la práctica judicial y los principios procesales en los tribunales menores tendrían que modificarse por completo para lograr una reducción significativa en el tiempo de procesamiento.¹⁰¹² Por otra parte, un umbral más elevado, por encima de los mil quinientos marcos, tendría la consecuencia indeseada de incluir a más del 50% de los asuntos, convirtiendo al procedimiento informal en la regla y no la excepción.¹⁰¹³

B. ¿Procedimiento oral o escrito?¹⁰¹⁴

Una importante diferencia entre las tradiciones jurídicas del *common law* y el derecho romanista, que encuentra sus raíces en sus orígenes histó-

1009 Wollschläger (1991a y b).

1010 *Ibidem*, p. 15.

1011 *Ibidem*, p. 95.

1012 *Ibidem*, p. 83.

1013 *Ibidem*, p. 89.

1014 El punto que se desarrolla en este apartado es también válido, en principio, para el procedimiento penal. Numerosos países de tradición jurídica romanista (entre ellos Italia y varios países latinoamericanos) han estado intentando introducir el procedimiento acusatorio basado en la oralidad. Sobre el modelo que es considerado hasta ahora como el más exitoso —el chileno— véase Duce (2004).

ricos, se encuentra en los distintos grados en los que han recurrido a un procedimiento oral o escrito. El procedimiento oral ha predominado en los sistemas angloamericanos como consecuencia de la necesidad de presentar todas las pruebas relevantes a un grupo de legos (el jurado) en sesiones que deben ser tan breves y concentradas como sea posible. En cambio, en los sistemas jurídicos romanistas predomina el procedimiento escrito, como resultado de la influencia del derecho canónico medieval y el papel central del juez en la dirección del proceso. En el mundo contemporáneo, los procedimientos judiciales en la mayoría de los países son el resultado de la combinación de etapas procesales tanto escritas como orales. Sin embargo, la necesidad de modernizar la administración de justicia y de reducir la dilación en lo posible ha llevado a los reformadores a examinar la posibilidad de alterar el equilibrio existente entre las etapas orales y las escritas, según sea al caso, con el propósito de acortar el procedimiento y reducir los tiempos de tramitación.

La utilización de una o más audiencias orales puede ser un modo eficiente de tramitar un asunto, pero por lo común crea un importante problema de gestión, en términos de cómo calendarizar las audiencias que requieren la comparecencia personal de las partes, los testigos, los peritos, etcétera. Una posibilidad de solución de este problema consiste en otorgar al tribunal mayor grado de control sobre la calendarización y, por tanto, sobre las partes mismas. Otra prefiere, precisamente, introducir documentos escritos en sustitución del mayor número posible de comparecencias de las partes. Así, el informe de 1995 sobre “Acceso a la Justicia”, preparado por Lord Woolf —un informe provisional sobre el sistema de justicia civil en Inglaterra y Gales— examinó la posibilidad de introducir promociones escritas en reemplazo de las audiencias orales, con el propósito de abreviar los procedimientos.¹⁰¹⁵

En varios sistemas de justicia civil, el problema ha sido el opuesto: cómo reemplazar un procedimiento que se basa excesivamente en documentos escritos y que genera “tiempos muertos”, durante los cuales “no pasa nada”, tanto para las partes como el tribunal. Los países europeos continentales han estado intentando modernizar el procedimiento judicial desde comienzos del siglo XX a través de la incorporación de un mayor grado de oralidad y mediante un nuevo equilibrio entre las etapas procesales orales y escritas. Un buen ejemplo de ello es el llamado “modelo de Stuttgart”, tal

¹⁰¹⁵ Véase Zuckerman y Cranston (eds.) (1995).

como empezó a ser aplicado en los tribunales civiles alemanes a partir de 1967.¹⁰¹⁶

La historia del proceso civil alemán puede describir como un intercambio constante entre los principios de oralidad y escritura y por el fracaso de uno y otro en demostrar su validez absoluta. Lo mismo puede decirse de las mezclas que se han desarrollado de manera no sistemática en la práctica.¹⁰¹⁷

El modelo de Stuttgart es un intento por unir ambos principios de tal manera que cada uno sea empleado precisamente en aquel segmento del procedimiento en el que quepa, por tanto, esperar un resultado óptimo, de modo que cuando se utiliza cualquiera de ellos lo sea con la menor dilución posible.¹⁰¹⁸

En el modelo de Stuttgart, el procedimiento se caracteriza por una etapa escrita preliminar y una audiencia principal oral (*Hauptverhandlung*), “término tomado del procedimiento penal alemán para indicar que la resolución del asunto debe fundarse (solamente) en el resultado de una audiencia oral, que de preferencia debe ser única”, es decir, que durante esta audiencia se examina de manera integral la controversia en su conjunto.¹⁰¹⁹

El modelo de Stuttgart fue objeto de varias evaluaciones empíricas.¹⁰²⁰ La mayoría de los estudios encontraron resultados positivos en todos los aspectos del modelo, como el tiempo de procesamiento; el número de audiencias requeridas; el cumplimiento de los plazos; una mayor tasa de arreglos; menor número de apelaciones y de revocaciones en apelación; menores costos en relación con el tiempo de los abogados; mayor grado de satisfacción entre jueces y abogados, etcétera. Uno de los estudios comprobó las siguientes hipótesis:¹⁰²¹

- Es posible reducir la duración de los procedimientos si la audiencia oral se prepara de modo más intenso y si es realizada de manera más concentrada y concienzuda.

1016 Véase Bender (1979).

1017 *Ibidem*, p. 437. Una descripción más amplia del modelo se encuentra en las pp. 438 y ss.

1018 *Idem*.

1019 *Idem*.

1020 *Ibidem*, pp. 462 y ss.

1021 *Ibidem*, pp. 464 y ss. Realizado por el propio Bender.

- De todas las medidas preparatorias, la más efectiva es la obligación de comparecencia personal de las partes.
- La presencia de las partes en la audiencia incrementa la probabilidad de un arreglo del asunto y reduce el número de apelaciones.
- La cooperación activa de las partes en la audiencia conduce a sentencias de mayor calidad.
- Se reduce el número de pasos procesales.

Varios países latinoamericanos están tratando todavía de modernizar sus sistemas judiciales y sus códigos procesales a través de la introducción del principio de oralidad en sus procedimientos excesivamente escritos, como lo atestiguan las ponencias presentadas en un congreso internacional sobre la materia.¹⁰²² Desafortunadamente, no todas ellas definen con claridad las reformas que se han ensayado y el impacto que han tenido,¹⁰²³ conforme a una evaluación empírica, por lo que ahora resumiremos algunas de las conclusiones sobre dos países en los que la aprobación de un nuevo código procesal ha logrado reducciones significativas en los tiempos de tramitación, en un caso a través de un nivel de oralidad más elevado (Uruguay), y en el otro a través de la aceleración provisional del procedimiento escrito, antes del establecimiento de un juicio plenamente oral (Costa Rica).

En Uruguay, un nuevo Código de Procedimiento Civil, que introdujo el juicio mediante audiencia oral, entró parcialmente en vigor en 1989 y empezó a aplicarse plenamente a partir de enero de 1992.¹⁰²⁴ Aproximadamente dos años después de la reforma procesal, se observó que el tiempo de tramitación se había reducido y que, con escasas excepciones, no había rezago significativo que impidiera la eficiente calendarización de las audiencias. De acuerdo con datos relativos a nueve meses del año de 1992, en Montevideo, la capital, los tribunales estaban llevando a cabo entre dos y cinco audiencias diarias, calendarizadas en fechas próximas a la conclusión de la etapa escrita del procedimiento. En promedio, se podía calenda-

¹⁰²² Véase Varios (1993). El mismo fenómeno está ocurriendo en el área de la justicia penal.

¹⁰²³ Sobre Chile, se nos dice que en Santiago la duración promedio de un procedimiento ordinario, incluyendo ambas instancias, es de 500 días. Antes de la entrada en vigor de la Ley no. 18.705, dicha duración era de 973 días, pero no se ofrecen detalles más específicos sobre esta ley, ni se nos informa si la reducción se debió a la aplicación del principio de oralidad. Véase Tavolari Oliveros (1993, pp. 231 y ss.).

¹⁰²⁴ Torello (1993).

rizar una audiencia preliminar dentro del plazo de cuatro meses (pero usualmente dos) después de la presentación de la demanda, con excepción de los juicios laborales, en los que la audiencia se calendarizaba en promedio seis meses después del inicio del juicio.¹⁰²⁵ Debe hacerse notar que la reforma fue acompañada por otros importantes cambios organizacionales, como la introducción de un sistema computarizado para el turno al azar de los asuntos a los tribunales de Montevideo, así como la creación de un número significativo de nuevas plazas judiciales.¹⁰²⁶

En *Costa Rica*, el nuevo Código de Procedimiento Civil entró en vigor en mayo de 1990. En este nuevo código se introdujo el principio de oralidad para el examen de las pruebas, pero no se aplicó desde el inicio debido al costo que significaba incrementar el número de tribunales. Por tal razón, el nuevo procedimiento consistía inicialmente de un rápido juicio escrito. De acuerdo con un estudio de opinión realizado entre abogados y jueces en cuatro oficinas judiciales, la mayoría tanto de los primeros (81.2%) como de los segundos (57.1%) creían que el nuevo procedimiento era más expedito que el antiguo.¹⁰²⁷

3. Alternativas y pistas procesales

Este apartado examina una serie de estrategias para mejorar la eficiencia que consisten en reemplazar, en todo o en parte, el juicio ordinario, a través de procedimientos tanto judiciales como no judiciales, como la resolución alternativa de conflictos (RAC). Ambos supuestos implican procedimientos alternos que pueden ser seleccionados mayormente por las partes o por los jueces y que se basan en la idea de adaptar el procedimiento a la naturaleza y alcance de las demandas y de los litigantes, a fin de lograr el mejor resultado posible. Los asuntos llevados a los tribunales pueden recorrer diferentes “pistas”, dependiendo de sus características, la opción de los litigantes y la decisión de los jueces. Estas pistas también ofrecen procedimientos alternativos que pueden reemplazar los juicios ordinarios ya sea en parte o en forma completa. Como lo señala un observador: “Más que intentar lo imposible, que es diseñar un sistema unitario que satisfaga (todos

¹⁰²⁵ *Ibidem*, p. 127. El tiempo promedio de procesamiento se reduce en virtud de los asuntos que se tramitan en un plazo muy breve, ya sea porque sólo comparece una de las partes o debido a la actividad conciliatoria que realiza el juez durante la audiencia preliminar.

¹⁰²⁶ *Ibidem*, pp. 122 y 126.

¹⁰²⁷ Arguedas Salazar (1993, pp. 158 y ss.).

los intereses), deberíamos tratar de aislar categorías amplias de intereses y diseñar un sistema de alternativas que puedan darles acomodo".¹⁰²⁸

A. Resolución alternativa de conflictos (RAC)

Existe una gran cantidad de estudios y bibliografía que tratan la llamada resolución alternativa de conflictos (RAC), es decir, aquellos medios de solución de controversias que no recurren a una resolución de autoridad o vinculante a cargo de un tercero (así sucede en la mediación y la conciliación), o bien, lo hacen de manera más informal (como es el caso del arbitraje). La RAC puede utilizarse como procedimiento alternativo ya sea fuera de los tribunales o bien una vez que se ha interpuesto una demanda.¹⁰²⁹ Los procedimientos alternativos dentro de los tribunales tienen el propósito de ser más expeditos, así como más satisfactorios para los participantes, de lo que es el procedimiento contencioso ordinario, según ha demostrado con frecuencia la investigación empírica.

Sin embargo, la cuestión más difícil consiste en determinar el impacto de estos procedimientos alternativos sobre la eficiencia global de los tribunales, dentro de los cuales se llevan a cabo, así como en la tasa de litigios, tomando en cuenta que tanto el procedimiento contencioso como la RAC coexisten dentro del mismo tribunal y comparten sus recursos. Es bien sabido que, por varias razones, un buen número de asuntos no concluye con sentencia, de modo que si se promoviera de manera activa la mediación y la conciliación, una tasa más elevada de transacciones contribuiría a acelerar los juicios. Sin embargo, el análisis económico de la RAC es capaz de demostrar que esto no sucede siempre. Los procedimientos de RAC *ex post* no siempre serán más baratos o rápidos, y, sobre todo, pueden generar tasas de litigios más elevadas, pues la interposición de una demanda puede ser el único modo de tener acceso a ellos; también será el caso cuando el fracaso de un procedimiento alternativo conduzca de todos modos a un litigio.¹⁰³⁰ Esto es lo que han demostrado varios estudios empíricos sobre el llamado "arbitraje anexo al tribunal" en los Estados Unidos.

Los programas de "arbitraje anexo al tribunal" ("court-annexed arbitration") desvían cierta clase de asuntos hacia una audiencia relativamente

¹⁰²⁸ Armstrong (1995, p. 112).

¹⁰²⁹ Esto corresponde a la distinción que Shavell (1995a) propone entre RAC *ex ante* y *ex post*.

¹⁰³⁰ Véase Shavell (1995a).

informal ante uno o más abogados experimentados que proponen una decisión del caso. Las partes pueden aceptar o rechazar la decisión; en este último caso, tienen libertad para iniciar nuevamente un juicio en forma.¹⁰³¹ La necesidad de evaluar estos programas tanto en sí mismos como respecto de su impacto en el funcionamiento global de los tribunales ha producido un amplio cuerpo de estudios empíricos.¹⁰³² Este tipo de evaluación está cargada de dificultades, porque resulta necesario al menos hacer una comparación entre el periodo anterior y el posterior al inicio de un programa, así como entre los asuntos que son desviados hacia el arbitraje y los que no lo son. En seguida se resumen los resultados de dos estudios de este tipo, los cuales ofrecen datos interesantes sobre el funcionamiento de los procedimientos informales dentro de un tribunal.

El primer estudio se ocupa del arbitraje obligatorio de las demandas por lesiones por accidente automovilístico, el cual fue introducido por el estado de Nueva Jersey como procedimiento experimental en dos condados en 1983 y a nivel estatal en 1985.¹⁰³³ El estudio de evaluación se basa en una muestra al azar de mil demandas por negligencia automovilística interpuestas en ocho tribunales de Nueva Jersey en el segundo semestre de 1983, antes del inicio del programa, y de 1985. Estas últimas incluían tanto asuntos turnados como no turnados al arbitraje. Los datos se obtuvieron de los expedientes judiciales y de una encuesta a abogados.¹⁰³⁴

El estudio llegó a las siguientes conclusiones principales:¹⁰³⁵

- El programa captó un número importante de asuntos por negligencia automovilística, si bien pocos se resolvieron mediante resolución arbitral: en la muestra, 68% de los casos turnados al programa, pero muchos se arreglaron antes de llegar a la audiencia arbitral. Un 55% de los asuntos turnados fueron efectivamente arbitrados y un 40% de ellos concluyeron con laudo arbitral.
- Más de la mitad de los asuntos arbitrados fueron posteriormente impugnados, si bien los juicios *de novo* fueron raros (un 10% de los casos arbitrados), lo que quiere decir que la impugnación se utilizó fun-

1031 McCoun *et al.* (1988, p. V).

1032 Véase un panorama en Hensler (1990).

1033 McCoun *et al.* (1988, p. V) y McCoun (1991).

1034 *Ibidem*, p. VI.

1035 *Ibidem*, pp. VI-IX.

damentalmente como táctica de negociación, ya que el 80% de estos casos se arreglaron antes del juicio.

- El estudio no logró detectar un efecto significativo sobre la tasa de juicios, la cual era baja inicialmente (5%), de modo que se habría necesitado una muestra más amplia para detectar una reducción que fuera significativa.
- Los asuntos turnados al programa tenían mayores probabilidades de llegar a juicio: antes de la introducción del programa, la mayoría de las demandas contestadas se arreglaban mediante transacción o se desecharían sin que se realizara una audiencia. El arbitraje tenía mayores probabilidades de desviar muchos más asuntos desde el arreglo extrajudicial que desde los juicios,¹⁰³⁶ ya que ofreció a los litigantes una opción contenciosa alternativa.
- Los asuntos turnados concluían a una velocidad más lenta; la dilación estaba ligada aparentemente a la calendarización de audiencias arbitrales, si bien el ritmo se aceleró doce meses después de la primera promoción.
- El programa parece haber incrementado levemente la actividad de los abogados y el personal judicial en los casos, incluyendo un nuevo conjunto de actividades litigiosas provocadas por la introducción del arbitraje, la calendarización, la preparación y la participación en la audiencia arbitral.
- El programa no presentó un efecto mensurable sobre las horas y los honorarios de los abogados.
- Las partes contendientes expresaron en general una opinión positiva sobre el arbitraje; la mayoría de los litigantes y los abogados calificaron el arbitraje como un procedimiento más eficiente que el juicio por jurado o ante el juez.

El segundo estudio examinó el arbitraje de asuntos de mayor cuantía en un tribunal federal de distrito.¹⁰³⁷ Para tal efecto, el estudio recurrió a un diseño experimental en el que los asuntos eran sacados al azar del proceso arbitral para ser colocados en un “grupo de control” sujeto a un procedimiento preliminar no arbitral. De este modo se obtuvo un punto de comparación para medir el “grupo experimental” de asuntos susceptibles de arbitra-

¹⁰³⁶ *Ibidem*, p. 238. Véanse los porcentajes en McCoun.

¹⁰³⁷ Lind (1990).

je.¹⁰³⁸ Se recopiló datos sobre 350 asuntos iniciados entre el 1o. de enero de 1985 y el 31 de diciembre de 1987. Se obtuvo información de abogados que participaban en los casos y se entrevistó a algunas de las partes en el grupo de control y el grupo elegible para el arbitraje.¹⁰³⁹

Las principales conclusiones del estudio son las siguientes:¹⁰⁴⁰

- El programa de arbitraje incrementó la probabilidad de que los casos llegaran a la etapa de contestación de la demanda: aproximadamente el 65% de asuntos contractuales y el 84% de asuntos de responsabilidad civil en el grupo experimental llegaron a esta etapa, mientras que en el grupo de control sólo lo fueron el 43% de los primeros y el 79% de los segundos.
- El programa de arbitraje incrementó también la probabilidad de que un asunto llegara a algún tipo de audiencia contenciosa: aproximadamente 33% de los casos del grupo experimental, pero sólo el 15% de los casos del grupo de control tuvieron algún trámite de este tipo.
- El arbitraje parece haber tenido costos privados más reducidos.
- No se obtuvo información definitiva sobre si el arbitraje redujo el costo público del litigio, debido al reducido tamaño de la muestra. Se estimó que los asuntos arbitrados costaban al tribunal un promedio de 1,209 dólares, mientras que los asuntos en el grupo de control costaban 1,240 dólares, una diferencia que no resultó estadísticamente significativa.¹⁰⁴¹
- La duración de los asuntos no fue mayormente afectada por el programa de arbitraje: el grupo experimental requirió un promedio de 285 días para concluir, mientras que los asuntos del grupo de control requirieron un promedio de 282 días.
- Las partes, tanto individuos como corporaciones, reaccionaron favorablemente al programa de arbitraje; los abogados también respondieron en general de modo favorable al programa.

1038 *Ibidem*, p. XII.

1039 *Ibidem*, p. XIII.

1040 *Ibidem*, pp. XIV y ss.

1041 *Ibidem*, p. XV. “El programa de arbitraje tiene sus propios costos administrativos, pero los datos no fueron suficientes para determinar si estos gastos son compensados por otros ahorros en el tribunal”.

Los hallazgos de ambos estudios son consistentes entre sí y llevan a la conclusión de que un programa de arbitraje no se traduce necesariamente en ganancias visibles en eficiencia para el funcionamiento de los tribunales en su conjunto.¹⁰⁴² Si la RAC tiene éxito en atraer un número significativo de asuntos que habrían ido a juicio, “entonces es probable que haya una reducción de los costos públicos y privados del litigio, así como de la congestión y la dilación judiciales”.¹⁰⁴³ Sin embargo, en una situación en que la dilación y los costos de los juicios alientan a las partes de un conflicto a llegar a un arreglo privado, “un programa que ofrece una alternativa informal puede inducir a muchas de ellas a cambiar de opinión y esperar una audiencia”.¹⁰⁴⁴ Dicho en otras palabras: el arbitraje anexo al tribunal funcionó efectivamente como alternativa, pero no como alternativa al juicio ordinario, sino como alternativa al arreglo extrajudicial bilateral. Esta conclusión es significativa para esta clase de arbitraje, sino también para cualquier otro procedimiento alternativo informal que coexista, dentro de un tribunal, con el procedimiento judicial ordinario.

B. Resoluciones provisionales y procedimientos sumarios

Los sistemas jurídicos modernos establecen frecuentemente *procedimientos judiciales sumarios* para la resolución provisional o la protección de un derecho; en casos en que se requiere una intervención urgente o cuando hay una clara presunción de la existencia de tal derecho (un ejemplo notable es el cobro de créditos con fundamento en un título ejecutivo). Sin embargo, típicamente no resuelven el fondo de la controversia, de modo que se requie-

¹⁰⁴² Un informe más positivo sobre el programa de arbitraje anexo al tribunal puede encontrarse en Gatowski *et al.* (1996). Este estudio se refiere a la evaluación de un programa de arbitraje en Clark County, Nevada, introducido en 1992. El estudio concluye que el programa tuvo éxito en incrementar el ritmo de los procedimientos judiciales, en reducir los costos asociados con éstos, en mantener la satisfacción de los participantes y, en general, en mejorar la calidad de la justicia civil. Los casos arbitrados fueron comparados con asuntos en la “pista del juicio” iniciados dos años antes (1990). Puesto que el arbitraje era obligatorio para todos los asuntos civiles que estuvieran por debajo de una cierta cuantía, con algunas excepciones, lo que se evalúa aquí es la sustitución de un procedimiento por otro. El estudio no revela si los asuntos arbitrados provinieron del conjunto de arreglos extrajudiciales, o cuál haya sido el impacto general del programa sobre el conjunto de todos los asuntos litigados.

¹⁰⁴³ McCoun (1991, p. 242).

¹⁰⁴⁴ *Idem.*

re un juicio principal u ordinario para producir una resolución definitiva. Un fenómeno interesante en esta área parece ser el desplazamiento o sustitución, bajo ciertas condiciones, del procedimiento principal por la resolución provisional.

Un estudio jurídico comparado sobre la “*einstweilige Verfügung*” (“resolución provisional”) y la “*ordonnance de referé*” francesa¹⁰⁴⁵ indica que las resoluciones provisionales producidas por estos procedimientos tienden a desplazar el procedimiento principal y a hacerlo dispensable.¹⁰⁴⁶ Esto es usualmente el caso cuando tales procedimientos se refieren a una situación jurídica clara y no hay dudas sobre el resultado en un futuro procedimiento principal. A través de la probable evasión de los procedimientos principales, los tribunales quedarían efectivamente liberados de juicios largos y costosos.

Si bien el estudio no ofrece una evaluación empírica de la “*ordonnance de referé*”, sí reproduce la transcripción de una interesante entrevista entre el presidente de la Corte de Casación y el autor del estudio, en la cual el primero explica y reflexiona sobre las funciones reales que cumple el procedimiento sumario y el “*juge de referés*” en Francia.¹⁰⁴⁷ El presidente hace notar que debido a la importancia central del tiempo en el procedimiento, el *referé* ha logrado desplazar los juicios principales bajo ciertas condiciones, por ejemplo, cuando las partes ya no están dispuestas a litigar varios años, dando por resultado que el juicio principal adquiera importancia secundaria. En casos urgentes y en aquellos en que la situación jurídica está clara, la posibilidad de una resolución provisional hace superfluo el juicio principal. Por esta razón, el presidente propone reconocer como definitiva una “*ordonnance de referé*” cuando ninguna de las partes inicie un procedimiento principal dentro de cierto plazo. En este contexto, el “*juge de referés*” es un juez que se encuentra disponible permanentemente en circunstancias en que se requiere una resolución urgente para eliminar una situación ilegal. Por tanto, las personas no se ven alentadas a comportarse ilegalmente, a sabiendas de que podría tomar varios meses corregir tal comportamiento ilegal.

El presidente también señaló que no existen datos estadísticos sobre el porcentaje de casos en que la “*ordonnance de referé*” concluyó efecti-

¹⁰⁴⁵ Weber (1993).

¹⁰⁴⁶ *Ibidem*, pp. 119 y ss.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*, pp. 122 y ss.

vamente la controversia sin que se haya recurrido al procedimiento principal. En su experiencia, sin embargo, no había habido casos en que el juicio principal hubiera producido un resultado significativamente distinto al del referé.¹⁰⁴⁸

Hay indicios de que en otros países, como Japón y los Países Bajos, los procedimientos sumarios de este tipo han ampliado su función, asumiendo parcialmente el papel del juicio principal.¹⁰⁴⁹ Así, por ejemplo, el *Kort Geding* en los Países Bajos se ha convertido crecientemente en una alternativa genuina y públicamente aceptada al procedimiento ordinario.¹⁰⁵⁰ Se utiliza en casos urgentes en que la resolución está en el interés inmediato de las partes, como sucede, por ejemplo, en relación con la ocupación de edificios, peticiones de asilo, conflictos laborales y prácticas comerciales desleales. A pesar de la falta de datos estadísticos confiables, hay indicios de que en la mayoría de los casos no se inició un procedimiento principal, no obstante el hecho de que la resolución provisional no obstaculizaba la vía de un procedimiento futuro. Así, se decía que en un 95% de los casos, las partes quedaron satisfechas con la resolución del *Kort Geding* de primera instancia. Sin embargo, la investigación de campo planteó dudas sobre la difundida noción de que el *Kort Geding* ofrecía una resolución definitiva de las controversias: en Ámsterdam, el 8% de las resoluciones fueron impugnadas y, de acuerdo con una encuesta de abogados, en 40% de los asuntos se iniciaron otros procedimientos vinculados con la controversia, aunque por lo común tales procedimientos implicaban otras pretensiones. Solamente un porcentaje menor de los procedimientos de *Kort Geding*, relativos sobre todo al cobro de deudas, pueden considerarse como equivalentes a un juicio principal.¹⁰⁵¹

La cuestión más amplia implicada aquí es si, y bajo qué condiciones, los procedimientos sumarios se desarrollan con el objetivo de producir resoluciones provisionales de esta clase como alternativa a los juicios ordinarios. De acuerdo con dos estudiosos alemanes, además de la situación fáctica, en que la dilación puede llevar al uso exclusivo de procedimientos provisionales sumarios, ciertos elementos del diseño jurídico contribuyen a tal posibilidad, como los siguientes:¹⁰⁵²

1048 *Ibidem*, p. 127.

1049 Blankenburg y Leipold (1991, p. 109).

1050 *Ibidem*, p. 114.

1051 *Ibidem*, p. 115.

1052 *Ibidem*, pp. 119 y ss.

- Debe haber una amplia disponibilidad de procedimientos sumarios vinculados con amplias facultades discrecionales del juez para resolver si el procedimiento sumario es el adecuado para el asunto particular.
- Se requiere confiar las resoluciones sobre este tipo de procedimiento a jueces que gocen de especial autoridad y reconocimiento (como los presidentes de un tribunal).
- Es conveniente que se lleve a cabo una audiencia oral dentro de un plazo reducido.
- El procedimiento debe servir para determinar la existencia de una situación material y jurídica que no sea fácilmente controvertible, lo cual debe traducirse en una resolución que no limite las consecuencias jurídicas, así como tampoco la facultad para hacerla cumplir.
- Debe haber la posibilidad de apelación, inclusive al órgano judicial de máxima jerarquía.

C. *¿Órgano colegiado o unitario?*

En Alemania se llevó a cabo un estudio que examinó la calidad de los procedimientos llevados a cabo por un juez único en comparación con un órgano colegiado.¹⁰⁵³ De acuerdo con el Código alemán de Procedimientos Civiles,¹⁰⁵⁴ bajo ciertas condiciones es posible transferir los asuntos de que ordinariamente conoce un tribunal colegiado a uno sólo de sus miembros. La comparación entre ambos tipos de procedimiento fue posible, y se facilitó, por el hecho de que, en principio, ambos se refieren al mismo tipo de asuntos.

El estudio determinó primeramente que los tribunales hicieron un uso extremadamente variable de esta posibilidad, que iba del 0 al 80% en los distintos tribunales. Por tanto, se trató de explicar las razones de esta divergencia, los criterios que gobernaban la transferencia, y las posibles diferencias en calidad entre las resoluciones unitarias y las colegiadas, o entre los órganos colegiados que presentaban distintas tasas de transferencia.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵³ Rottleuthner (1991), Rottleuthner *et al.* (1992).

¹⁰⁵⁴ Véase el Código alemán de Procedimiento Civil o “*Zivilprozeßordnung*” (ZPO), § 348.

¹⁰⁵⁵ Rottleuthner *et al.* (1992, p. 11). El estudio utiliza un amplio rango de instrumentos de observación: una muestra de expedientes (5,010 expedientes de 113 salas); entrevistas con jueces; análisis de las tarjetas de control, y cuestionarios.

Por lo que se refiere a la calidad de ambas clases de procedimiento, el estudio obtuvo los siguientes resultados:¹⁰⁵⁶

- *Número de asuntos concluidos*: las “salas cero”,¹⁰⁵⁷ tanto grandes como pequeñas, mostraron las cifras más bajas, mientras que las salas con una tasa de transferencia entre 20 y 30%, tuvieron los números más elevados. Un resultado similar se obtuvo comparando la relación entre el número de asuntos concluidos y el número de asuntos pendientes, pero aquí la diferencia entre las salas grandes resultó más significativa que entre las pequeñas.
- *Celeridad*: las salas resolvieron los asuntos no transferidos con mayor celeridad que los jueces únicos por sí solos: así, dentro del plazo de 6 meses, la sala había resuelto el 70% de los asuntos, mientras que el juez solamente el 54%. Las salas con una tasa de transferencia de más de 50% eran las más expeditas. La mayor rapidez de las salas se debió al hecho de que los asuntos más demandantes en tiempo y trabajo (aquellos que concluyen con un arreglo o una sentencia contenida) eran transferidos a los jueces únicos. El número de audiencias resultó también un factor de importancia en términos de duración, porque las salas resuelven con mayor celeridad los asuntos que no requieren audiencia. Si se lleva a cabo una audiencia, entonces la rapidez de la sala es similar a la de los jueces únicos; a la inversa, los jueces únicos son más rápidos en comparación con las salas cuando el número de audiencias se incrementa.
- *Tasa de transacciones*: la tasa de transacciones ante el juez único es significativamente más elevada que la tasa de las salas. Esta tasa más elevada se puede explicar por el hecho de que los asuntos en que comparcen ambas partes son tramitados más frecuentemente por los jueces únicos, junto con el hecho de que tales asuntos muestran una tasa de arreglo por encima del promedio. Las salas con las tasas de transferencia más elevadas son también aquellas que concluyen una cifra más alta de asuntos con transacción.
- *Tasa de apelación*: de acuerdo con las estadísticas oficiales, la tasa de apelación respecto de resoluciones colegiadas es 25% más elevada que en relación con las resoluciones unitarias, aunque hay gran-

¹⁰⁵⁶ *Ibidem*, pp. 14 y ss., comparación en la p. 16.

¹⁰⁵⁷ Éstas eran salas con una tasa de transferencia de 1.5% o menos. *Ibidem*, p. 12.

des divergencias en las tasas de apelación debido a errores en las tarjetas de control utilizadas para generar estos datos. A la inversa, la muestra de expedientes mostró una tasa de apelaciones ligeramente superior para las salas respecto de los jueces únicos (48.6 frente a 45%, respectivamente), lo que puede explicarse por las cuantías más elevadas en asuntos ante órgano colegiado. Por lo que se refiere a la tasa de éxito de las apelaciones, la proporción de resoluciones impugnadas devueltas para que se dicte una nueva resolución o revocadas y resueltas directamente por el tribunal de apelación, es igual tanto para salas como para jueces únicos.

En resumen, no parece haber diferencias significativas de calidad (y eficiencia) en ambos tipos de procedimiento. Los jueces encuentran tanto ventajas (celeridad, control procesal) y desventajas (menor calidad, falta de control organizacional, resoluciones inconsistentes) en los procedimientos ante juez único. Los abogados se mostraron bastante satisfechos con los procedimientos ante órgano unitario y no encontraron diferencias significativas de calidad.¹⁰⁵⁸

III. ADMINISTRACIÓN

Un aspecto importante de la eficiencia judicial se relaciona, sin duda, con la organización y administración del *sistema judicial*: la selectividad, funcionamiento y desempeño del tribunal en lo individual depende de factores estructurales e institucionales que lo afectan como parte que es de un sistema más amplio. Este apartado ofrece un breve inventario y un análisis general de tales factores, los cuales van desde lo que puede denominarse el diseño institucional del sistema judicial y de su articulación con las otras ramas del gobierno, hasta el número adecuado de tribunales y su distribución territorial, e incluyen ciertamente la administración, en un sentido amplio, del sistema judicial. Como podría esperarse, dada la complejidad de este tema, pocos estudios han intentado ofrecer un análisis integral del sistema judicial en su conjunto.¹⁰⁵⁹

“Administración” y “gestión” son conceptos que con frecuencia se usan de modo intercambiable en los estudios sobre organizaciones. Sin embar-

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*, p. 17.

¹⁰⁵⁹ El ejemplo es otra vez Posner (1996).

go, para los efectos de este capítulo es posible establecer una distinción entre ambos en los siguientes términos: “gestión” se refiere al control del comportamiento *dentro* de las organizaciones, e incluye cuestiones tales como “la motivación, el manejo y desarrollo del personal, el liderazgo, el diseño y enriquecimiento de las plazas; el objetivo de la gestión es que las personas se desempeñen de un modo tal que se incrementen la eficiencia y la efectividad organizacionales”.¹⁰⁶⁰

Por el otro lado, el concepto de “administración” se refiere al comportamiento de las organizaciones y se enfoca a las cuestiones “de diseño organizacional, de relaciones intra e interorganizacionales, al diseño e implementación de programas, y al desarrollo de reglas, procedimientos y procesos de gobierno”.¹⁰⁶¹

En el contexto del tema de “administración judicial”, se entiende como concepto más amplio que el de “gestión de tribunales” (“court management”), ya que implica “los principios del diseño del sistema judicial que entran incluso en el campo de genuinas opciones de valor”, como por ejemplo, en el sistema para seleccionar jueces o el tamaño y el alcance adecuado de la competencia territorial.¹⁰⁶²

1. Organización y administración del sistema judicial

Organización del sistema judicial se refiere aquí a la estructura y atribuciones básicas de dicho sistema en tanto pueden afectar su desempeño. Tal estructura crea problemas específicos de articulación, cooperación y administración entre los tribunales como unidades del sistema, y entre éste y otras instituciones.

Primeramente, es necesario establecer una distinción entre sistemas judiciales *unificados, bifurcados y segmentados*. Un sistema unificado es aquel que consiste de una sola jerarquía de tribunales. Tal modelo admite dos variantes: una en que los tribunales pertenecen a una sola organización formal, y otra en la que se establecen tribunales especializados fuera del poder judicial ordinario, pero cuyas resoluciones están sujetas a revisión por los tribunales ordinarios. Es lo que sucede, por ejemplo, en los Estados Unidos o en México. Un ejemplo de *sistema bifurcado* es la doble jerarquía de tribunales

¹⁰⁶⁰ Boyum y Hudzik (1991, 551).

¹⁰⁶¹ *Ibidem*, pp. 551 y ss.

¹⁰⁶² *Ibidem*, p. 550.

ordinarios y administrativos en Francia, cada una encabezada por su propio órgano judicial supremo, la Corte de Casación y el Consejo de Estado, respectivamente. Este modelo ha sido seguido por varios países en Europa y América Latina. Alemania, por otro lado, ofrece un ejemplo de lo que puede denominarse un sistema segmentado. Aunque en su conjunto conforman el Poder Judicial, tal sistema está compuesto por cinco ramas judiciales independientes: ordinaria (civil y penal), laboral, administrativa, fiscal y social, además de los tribunales constitucionales federal y locales.¹⁰⁶³ Para hacer las cosas más complicadas, tanto los sistemas bifurcados como los segmentados admiten la existencia de tribunales especializados fuera de ellos, como los militares, los de patentes o los de cuentas.

Los países con régimen federal poseen generalmente tribunales federales y locales —excepciones en este sentido son las de Venezuela, Austria y la India, que poseen una sola jurisdicción “nacional”— y ello crea el problema de definir si las jurisdicciones comprenden o no una jerarquía completa de tribunales (desde la primera instancia), la delimitación de competencias entre ambas y la resolución de eventuales conflictos de competencia, así como la responsabilidad de los gobiernos federal y locales en la creación y mantenimiento de los tribunales. El sistema judicial de los Estados Unidos se caracteriza por la coexistencia de dos jerarquías completas e independientes de tribunales: los federales y los estatales.¹⁰⁶⁴ Este modelo lo han seguido en lo fundamental otros países federales de América Latina como Argentina, Brasil y México.

Un problema importante que debe resolver el modelo federal de este tipo es la medida en que las resoluciones de los tribunales locales pueden ser impugnadas ante los federales, lo que crea especiales problemas de eficiencia, tanto de selectividad como en capacidad de procesamiento. En efecto, el principio de supremacía constitucional abre la posibilidad de que en los asuntos judiciales de carácter local se planteen cuestiones que impliquen al orden o régimen federal (*federal questions* en los Estados Unidos), las que son habitualmente resueltas por los tribunales federales o nacionales. Sin embargo, esta posibilidad puede ser más amplia o más estricta, según el caso, aunque siempre existe un cierto grado de presión a favor del recurso a instancias judiciales cada vez más elevadas. Por tanto, si no se re-

¹⁰⁶³ Al momento de actualizar estas líneas (2004), hay propuestas en Alemania para unificar las jurisdicciones administrativa, fiscal y social, para hacerlas más eficientes.

¹⁰⁶⁴ Véase Carp y Stidham (1993, pp. 19 y ss.).

siste de algún modo esta presión, los tribunales federales pueden verse abrumados por asuntos de origen local, y los tribunales locales se verán debilitados y privados en buena medida de su autonomía. Aquí encontramos las experiencias contrastantes de los Estados Unidos, por un lado, y México y Argentina, por la otra. En los Estados Unidos, hasta un 95% de todos los procedimientos judiciales del país se inician y concluyen ante los poderes judiciales locales. Pocos asuntos estatales son llevados ante un tribunal federal, en parte debido a las facultades discrecionales que tienen los tribunales supremos estatales y federales para revisar los asuntos que se les plantean.

En Argentina y México, por el contrario, los tribunales federales han respondido a la presión social de justiciables y abogados permitiendo, cada vez más, la impugnación de resoluciones de tribunales estatales o provinciales ante los órganos judiciales federales. En Argentina, el “recurso extraordinario”, que puede ser utilizado siempre que en un juicio ante un tribunal provincial se plantea una “cuestión federal”, se ha convertido cada vez más en un recurso “ordinario” debido a que los tribunales, a través de la jurisprudencia, han utilizado el concepto de “sentencia arbitraria” para comprender un número cada vez mayor de supuestos de apelación.¹⁰⁶⁵ En el caso de México, en la última parte del siglo XIX la Suprema Corte de Justicia cedió ante la presión de los litigantes, alimentada por la desconfianza hacia los tribunales locales, que pretendía lograr la posibilidad amplia de impugnar resoluciones locales ante los tribunales federales. Con fundamento en una disposición constitucional, la Corte consideró que la interpretación “incorrecta” de una disposición legislativa ordinaria constituyía una violación de un derecho constitucional que permitía la interposición de un recurso federal, el juicio de amparo. Esto creó una jerarquía judicial unificada *de facto* en la medida que un porcentaje amplio de resoluciones locales son impugnadas ante los tribunales federales.¹⁰⁶⁶ Además, para evitar en alguna medida que los mismos tipos de asuntos sean llevados recurrentemente ante los tribunales federales, la jurisprudencia de éstos que se refiere a la interpretación y aplicación de leyes locales es obligatoria para los poderes judiciales estatales.

¹⁰⁶⁵ Véase Sagüés (1989, p. 313).

¹⁰⁶⁶ No existe una cuantificación precisa sobre este porcentaje, pero dependiendo de la materia y del Estado de que se trate, dicho porcentaje varía entre un 10 y un 50 por ciento. Véase Fix-Fierro (2001).

En otros sistemas federales, como los de Canadá y Alemania, los tribunales federales son solamente los tribunales de última instancia, es decir, que en esos países los tribunales federales carecen de una jerarquía completa de instancias. Este modelo tiene la ventaja de evitar algunos de los complejos problemas de delimitación de competencias que afectan a otros sistemas federales.

El segundo aspecto central de la organización del sistema judicial es la relación de los tribunales con los otros poderes. A pesar de los crecientes niveles de autonomía de que disfrutan los tribunales en muchas partes del mundo, son dependientes también de otras instituciones para su funcionamiento, por ejemplo, en lo relativo a recursos, nombramientos, administración, ejecución de sentencias, reglas procesales, etcétera.

Como se dijo anteriormente, la complejidad de las relaciones internas y externas de los sistemas judiciales plantea una serie de interesantes problemas de articulación, coordinación, elaboración e implementación de la política judicial, así como otras cuestiones relativas a las ventajas y costos de tal organización. Así, por ejemplo, la proliferación de tribunales especializados fuera del sistema judicial ordinario plantea la cuestión de si debería existir también por razones de eficiencia una organización judicial única y unificada.

Si bien la eficiencia judicial se ha convertido en un tópico relevante en la discusión actual sobre la reforma judicial, la mayoría de los estudios parecen enfocarse solamente en la estructura judicial existente, y pocos estudios empíricos, si acaso existen, parecen ocuparse de la espinosa cuestión de si tal estructura debe ser conservada o modificada. Si bien siempre es posible incrementar la eficiencia de los tribunales *dentro* de la estructura existente del sistema judicial, tales ganancias potenciales dependen del *punto de partida organizacional*, el cual las limita también.¹⁰⁶⁷ Dicho en otros términos: es necesario analizar también el diseño institucional, de manera que se consideren también tales ganancias potenciales desde una perspectiva global, aun cuando, desde un punto de vista práctico, sea improbable la realización de una reforma integral.

La *administración del sistema judicial*, que difiere de la gestión de los tribunales y los asuntos en lo individual, incluye los siguientes aspectos principales:

¹⁰⁶⁷ *Cfr.* Calabresi (1990).

- El gobierno del sistema judicial, es decir, la definición de los lineamientos y las políticas generales de la organización.
- La administración del estatuto profesional de los jueces y otros funcionarios judiciales.
- La organización general de la labor judicial propiamente dicha.
- La administración de los recursos judiciales, incluyendo la decisión de establecer nuevos tribunales o racionalizar los existentes.

La administración y el gobierno del sistema judicial se han hecho cada vez más *autónomos* y *especializados*, en el sentido de que ha habido una creciente tendencia a ponerlos en manos de la institución judicial misma. Dicho de otro modo: cada vez más se consideran como parte integrante de las labores y atribuciones judiciales y como derivado necesario de la independencia judicial.

En la actualidad, la administración y el gobierno de los sistemas judiciales se basan en tres modelos que denominaremos *judicial*, *ejecutivo* y *mixto*. El modelo judicial implica que la administración y el gobierno del sistema judicial han sido confiados, en la medida de lo posible, a la misma institución judicial, la cual posee sus propios cuerpos especializados para tal efecto. Así, por ejemplo, los tribunales federales en los Estados Unidos son administrados por la Oficina Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos (USCAO). Sin embargo, decimos “en la medida de lo posible”, porque el sistema judicial puede seguir siendo dependiente de los poderes legislativo y ejecutivo para el nombramiento de los jueces o de ciertos miembros del órgano de administración judicial.

La USCAO fue establecida en 1938 para ejercer las funciones administrativas que hasta entonces habían correspondido al Departamento de Justicia, dependiente del Ejecutivo.¹⁰⁶⁸ La Conferencia Judicial de los Estados Unidos, compuesta por el presidente y un juez de distrito de cada uno de los doce circuitos judiciales federales, por el presidente del Tribunal de Comercio Internacional, y presidida por el presidente de la Suprema Corte (*Chief Justice*), es un cuerpo no permanente responsable de fijar la política judicial. La Conferencia se ocupa de asuntos tales como la determinación de las políticas para la adscripción temporal de los jueces dentro de los circui-

¹⁰⁶⁸ Carp y Stidham (1993, pp. 69 y ss.). La Oficina Administrativa es una dependencia de la Conferencia Judicial, si bien su director es designado por el presidente de la Suprema Corte.

tos, la recomendación de creación de nuevas plazas, el incremento de los salarios judiciales, la elaboración de los presupuestos para el funcionamiento de los tribunales, así como la elaboración de recomendaciones para la aprobación de cambios legislativos por el Congreso.¹⁰⁶⁹ Algo similar sucede en algunos países latinoamericanos (como Colombia o México) que han establecido un Consejo de la Judicatura, esta vez como organismo permanente con atribuciones muy amplias que abarcan no sólo las áreas tradicionales de la carrera y la disciplina judiciales, sino también todo el rango de funciones administrativas que requiere el sistema judicial.¹⁰⁷⁰

El modelo ejecutivo significa que un departamento del poder ejecutivo, que usualmente se denomina Ministerio de Justicia, está encargado de las funciones de gobierno y administración del sistema judicial. Este es el caso, por ejemplo, en Inglaterra con el departamento del Lord Canciller (llamado ahora Departamento de Asuntos Constitucionales), el cual es responsable de todas las funciones de gobierno y administración relacionadas con los tribunales, incluyendo la selección de los jueces.¹⁰⁷¹

Dada la tendencia hacia mayor autonomía de la rama judicial, el modelo ejecutivo parece estar siendo sustituido crecientemente por el modelo mixto, en el que las funciones de gobierno y administración de los tribunales son compartidas, en grados variables, por el Ministerio de Justicia y el poder judicial mismo. Así, por ejemplo, el Consejo de la Judicatura en varios países europeos (Francia, España, Italia, Portugal) participa, en mayor o menor medida, en la selección, nombramiento y promoción de los jueces, así como en la disciplina judicial. Algunos de estos consejos tienen también facultades limitadas de naturaleza administrativa en un sentido amplio (tanto relacionadas con la adscripción de los jueces, por ejemplo, o los horarios hábiles de los tribunales), mientras que el conjunto de la administración del sistema judicial propiamente dicha y de sus recursos es todavía responsabilidad del ministerio.

No es posible hacer un juicio general sobre la eficiencia de cualquiera de estos modelos, ya que ello depende de los factores políticos e institucionales prevalecientes en cada país. Sin embargo, es bastante claro que en la actuali-

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*, p. 69.

¹⁰⁷⁰ Fix-Zamudio y Fix-Fierro (1996).

¹⁰⁷¹ Véase Rozenberg (1995, pp. 7 y ss., 52 y ss.). En 1993, el gobierno anunció que el servicio judicial en Inglaterra y Gales se convertiría en una dependencia ejecutiva a partir de abril de 1995, con mayores facultades delegadas en cuestiones operativas.

dad la administración de un sistema judicial se ha convertido, en cualquiera de los modelos, en un campo especializado en manos de profesionales que provienen muchas veces de las filas de la judicatura.¹⁰⁷² Esto se considera como medio para hacer compatible esa administración, en la mayor medida posible, con la autonomía e independencia del poder judicial.

2. *Creación y distribución territorial de los tribunales*

A. *¿Creación o racionalización?*

Un problema fundamental que debe abordar la administración de un sistema judicial es la adecuada tasa de crecimiento del aparato judicial. Aunque es evidente que el incremento de las tasas del litigio requiere la creación de nuevos tribunales y el nombramiento de más jueces, a fin de manejar el aumento en la demanda de servicios judiciales, así como para promover una distribución más o menos uniforme de las cargas de trabajo entre los tribunales, no hay respuesta fácil a este problema, ya que es necesario definir, mediante criterios rigurosos, cuándo es conveniente poner en funcionamiento los nuevos recursos judiciales.

Un primer indicador al respecto son las *cargas de trabajo*, que si son excesivas, ciertamente justifican la creación de nuevos tribunales y nuevas plazas judiciales. Pero, ¿cuándo deben considerarse excesivas esas cargas? ¿Cuál es el número de asuntos que puede esperarse razonablemente que un juez examine y resuelva en un año? No hay una respuesta clara y evidente, pues hay una serie de factores que deben tomarse en cuenta para que tenga algún sentido la comparación entre tribunales. Estos factores incluyen la existencia de tribunales de competencia especializada o mixta (civil y penal, por ejemplo), el tipo y grado de complejidad del asunto (por ejemplo, el número de audiencias y la etapa en la que dichos asuntos se concluyen por lo habitual), etcétera.

Por tanto, se requiere determinar *medidas específicas y ponderadas* para cada sistema judicial y para cada tipo de tribunal, para indicar *cargas de trabajo comparables*, más que ingresos de asuntos, ya que un asunto es una

¹⁰⁷² En los países en que estas responsabilidades han sido confiadas al Ministerio de Justicia, muchos de sus funcionarios han sido reclutados entre el personal judicial. La Ley italiana sobre el Consejo Superior de la Magistratura establece reglas para las comisiones de jueces en el Ministerio (artículo 15, en Fix-Zamudio y Fix-Fierro, 1996, p. 148).

unidad difícil de definir y comparar. Por ejemplo, el *Federal Judicial Center* de los Estados Unidos ha utilizado series temporales para determinar el tiempo promedio de horas-juez que se requieren para concluir los diferentes tipos de asuntos, y para construir una carga de trabajo ponderada por juez de distrito que pueda utilizarse para decidir si es necesario autorizar nuevas plazas judiciales, y cuántas, para un cierto distrito.¹⁰⁷³ En su estudio sobre los tribunales federales de los Estados Unidos, Richard Posner construye un “índice de esfuerzo” para identificar las materias “en las que los tribunales federales encuentran dificultades, desproporcionadamente elevadas o reducidas, según el modo aproximado en que ese asunto es concluido”.¹⁰⁷⁴ Así, por ejemplo, la dificultad promedio de un asunto en un tribunal de distrito equivale aproximadamente a la tasa porcentual de juicios en una materia respecto del porcentaje de asuntos interpuestos en esa área: los asuntos penales tienen una ponderación de 3.2, porque existe una probabilidad 3.2 veces mayor de que vayan a juicio que los asuntos promedio.¹⁰⁷⁵

Otra difícil cuestión que debe responderse es la *carga de trabajo máxima* que un juez debe atender en un año.¹⁰⁷⁶ Sobre la base de estándares previos, de promedios estadísticos mínimos, medios y máximos, así como de las observaciones hechas por las partes interesadas, un reciente informe sobre la situación de la administración de justicia en España recomienda, para los distintos tipos de tribunales, carga máximas de trabajo, que son aquellas más allá de las cuales no cabe esperar que el órgano jurisdiccional se desempeñe de manera adecuada. Las tasas recomendadas incluyen 850 asuntos contenciosos al año para un juzgado civil; 850 asuntos anuales para los juzgados de familia; 650 asuntos para los juzgados penales; y 350 a 400 asuntos para las salas de los tribunales colegiados.¹⁰⁷⁷

Existen otros criterios secundarios para determinar la necesidad de establecer nuevos tribunales y nuevas plazas judiciales. Estos criterios exigen, por ejemplo, que el poder judicial esté presente en todo el territorio de un país, especialmente en sitios apartados, o bien, que se establezcan tribuna-

1073 Posner (1996, p. 227).

1074 *Ibidem*, pp. 228 y ss., tablas 7.4. y 7.5.

1075 *Ibidem*, pp. 230 y ss.

1076 *Ibidem*, pp. 227 señala que tal determinación resulta de importancia crítica para decidir si se necesitan en realidad más jueces, “pero en el actual estado de la ciencia de la administración judicial, ésta es casi puramente subjetiva”.

1077 Consejo General del Poder Judicial (1997, pp. 92 y ss.).

les y juzgados en localidades que sean importantes desde un punto de vista político o social (ciudades capital o centros comerciales). El costo de ello puede ser, sin embargo, la creación de disparidades regionales en las cargas de trabajo, lo que puede traer consigo que haya jueces y tribunales tanto sobrecargados como subutilizados.¹⁰⁷⁸

Pero aún si se imponen límites estrictos a las cargas de trabajo judiciales, no siempre será sencillo crear nuevos tribunales y nombrar un mayor número de jueces cuando se sobreponen las cargas de trabajo máximas. La escasez de recursos es una restricción importante que debe tomarse en cuenta, especialmente en tiempos de austeridad fiscal. Por otro lado, el crecimiento desmesurado también tiene inconvenientes y costos, tales como la necesidad de designar jueces insuficientemente preparados, o bien, tener que resolver las contradicciones de un número mayor de resoluciones. Por tanto, la *racionalización* de los tribunales existentes puede ser, en ocasiones, una estrategia más viable para obtener mayor capacidad de procesamiento.

La *racionalización* se puede traducir en diferentes medidas y cambios: la redefinición de los límites de los distritos judiciales; la especialización de jueces y tribunales; la unificación y consolidación de los tribunales existentes; y la reestructuración interna de los tribunales, incluyendo un uso distinto de los recursos existentes, así como la introducción de concepciones y técnicas gerenciales.

B. Tribunales de competencia mixta o especializada

Otro aspecto importante de la organización de un sistema judicial es la decisión de establecer tribunales de competencia mixta o especializada. Dada la tendencia general en la sociedad hacia una mayor división y especialización del trabajo, se puede decir con certidumbre que este solo hecho requeriría una tendencia equivalente en la administración de justicia. Y, en efecto, los tribunales se están especializando cada vez más, ya que se reconoce en general que la especialización tiene un potencial de mejorar la eficiencia, entre otras posibles ventajas.¹⁰⁷⁹ Así, en la actualidad los tribunales no sólo se especializan en los campos tradicionales del derecho, como el derecho

¹⁰⁷⁸ Posner (1996, p. 231) muestra, por ejemplo, que el Circuito del Distrito de Columbia trabaja por debajo de su capacidad conforme a los estándares contemporáneos.

¹⁰⁷⁹ Véase Legomsky (1990, p. 17).

civil, penal o laboral, sino que se han establecido en áreas que son mucho más reducidas y que requieren gran conocimiento técnico y jurídico, como puede ser la propiedad intelectual o el comercio internacional.

Resulta importante tomar en cuenta que hay diferencias significativas en este sentido entre las dos principales tradiciones jurídicas de Occidente. Por regla general, los poderes judiciales europeos están mucho más especializados que sus contrapartes angloamericanas. Para Richard Posner, la principal explicación puede radicar en el grado de responsabilidad que se impone a los jueces en relación con los abogados. Los jueces europeos desempeñan tareas que en los países de *common law* corresponden a los abogados, por lo que aquéllos requieren ser especialistas. Más aún, la existencia de la carrera judicial ubica a la judicatura europea en una mejor situación para impartir preparación especializada a los funcionarios judiciales.¹⁰⁸⁰ Podríamos agregar que el mayor grado de racionalización y codificación del derecho sustantivo y procesal en los sistemas jurídicos continentales también favorecen la especialización judicial.

La especialización de los tribunales tiene potencial para incrementar la eficiencia en los siguientes aspectos:¹⁰⁸¹

- Puede ser un mecanismo para desviar asuntos de los tribunales mixtos en épocas en que éstos se encuentran sobrecargados.
- Significa que los litigantes requerirán menos tiempo para educar a los jueces sobre los aspectos básicos del área especializada, y tendrán mayor oportunidad de enfocarse a los problemas específicos del asunto.
- Reduce las oportunidades en que dos o más jueces tendrán que ocuparse de la misma cuestión, o de una muy similar; por tanto, se reduce también la posibilidad de tener resoluciones contradictorias.
- Permite adecuar el procedimiento a la materia.¹⁰⁸²
- Admite la eliminación de pasos al reemplazar tanto a los tribunales mixtos como a uno o más tribunales administrativos.

1080 Posner (1996, p. 246).

1081 Legomsky (1990, pp. 17 y ss.). Véase también la argumentación a favor de la creación de tribunales federales especializados de apelación en los Estados Unidos que hace Posner (1996, pp. 244 y ss.).

1082 “Cuando un tribunal debe emplear un procedimiento común para diversos tipos de conflicto, existe el riesgo de sobrejudicialización en algunas categorías de asuntos, o demasiado poca formalidad en otras”. Legomsky (1990, p. 17).

- Permite evitar los conflictos de competencia que aquejan a los tribunales mixtos.

Sin embargo, la especialización no sólo puede tener efectos positivos sobre la eficiencia:¹⁰⁸³

- Siguen siendo posibles los conflictos de competencia con los tribunales mixtos cuando se atribuye competencia exclusiva a un tribunal especializado.
- Un jurista no especializado es capaz de conocer una solución fácil proveniente de una materia jurídica análoga.
- Puede ser necesario que los litigantes o los integrantes del tribunal viajen grandes distancias.
- Las fluctuaciones en el volumen de los asuntos pueden producir períodos indefinidos en los que el órgano está demasiado ocupado o subutilizado.

Las ventajas e inconvenientes generales de la especialización no determinan, sin embargo, si se justifica, y cuándo, la creación de un tribunal especializado. Existen al respecto algunos criterios tanto generales como específicos que pueden auxiliar en el análisis de este problema en una situación concreta. Por regla general, la especialización se justifica si sus beneficios superan los costos en relación con ciertos tipos de asuntos y etapas de resolución.¹⁰⁸⁴ Más específicamente, los siguientes criterios, aportados por Stephen Legomsky, favorecen la especialización:¹⁰⁸⁵

- *Mezcla de derecho, hechos, y facultades discretionales*: el predominio de resoluciones discretionales y de cuestiones de hecho en la etapa de audiencia inicial favorecen usualmente la especialización.
- *Complejidad técnica*.

¹⁰⁸³ *Ibidem*, p. 18. Véase también el análisis de otras objeciones similares en Posner (1996, pp. 254 y ss.). Por ejemplo: que los tribunales especializados se identificarán con mayor facilidad con los objetivos de un programa de gobierno, ofreciendo así menos “aislamiento” entre los poderes coercitivos del Estado y su aplicación al ciudadano en lo individual; que la especialización judicial reduce la “polinización cruzada” de ideas jurídicas; que puede generar un desequilibrio entre oferta y demanda, etcétera.

¹⁰⁸⁴ Legomsky (1990, p. 20).

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*, pp. 22 y ss.

- *Grado de aislamiento*: lo que significa, por un lado, que las cuestiones jurídicas en un área pueden resolverse ordinariamente sin referencia a la resolución de problemas en otras áreas; y por el otro, que las analogías hacia cuestiones externas al área son relativamente infrecuentes.
- *Cohesión*: alto grado de interrelaciones dentro de una sola materia.
- *Grado de repetición*: alto número de asuntos similares y necesidad de consistencia en su resolución.
- *Grado de controversia*.
- “*Tribalidad*”: la existencia de un grupo cerrado de abogados, funcionarios de gobierno, peritos, etcétera.¹⁰⁸⁶
- *Importancia particular de la consistencia*: tanto en términos de igualdad como de política jurídica.
- *Dinamismo*: material sujeto a rápidos cambios.
- *Logística*: volumen, tiempo requerido por cada asunto, distribución geográfica.
- *Necesidad particular de rápida resolución*.
- *Requerimientos procesales especiales*.

Por supuesto, existen diversos modos, y grados, para introducir la especialización en la administración de justicia, los cuales no necesariamente exigen la creación de una *organización especializada*. La forma más obvia de especialización es la especialización *funcional* de los jueces, es decir, el desempeño de tiempo completo de la función jurisdiccional por parte de personas que han recibido una formación jurídica.¹⁰⁸⁷ El segundo paso hacia la especialización es la especialización por *materia* de los jueces,¹⁰⁸⁸ es decir, la formación y concentración en un campo específico del derecho o en una etapa del procedimiento judicial,¹⁰⁸⁹ lo que habitualmente va unido a la creación de salas, secciones o cámaras dentro del tribunal. Un paso final es el establecimiento de un tribunal especializado como unidad organizacional especializada.

¹⁰⁸⁶ Podemos agregar a las partes potenciales (demandantes y demandados).

¹⁰⁸⁷ Posner (1996, p. 248). Hay que recordar que a pesar de la tendencia continua hacia la especialización judicial, en muchas partes del mundo un considerable número de jueces, usualmente en los tribunales inferiores, son legos que desempeñan una ocupación de tiempo parcial (por ejemplo, los “*magistrates*” en Inglaterra).

¹⁰⁸⁸ *Idem*.

¹⁰⁸⁹ Algunos países cuentan con jueces que se especializan en ciertas etapas de los procedimientos penales, como la instrucción o la ejecución de las sentencias.

Un ejemplo interesante y desusado de especialización, al menos en Alemania, lo representa la división “internacional” del tribunal de distrito de Hamburgo, establecida por primera vez en 1971 y que actualmente comprende tres salas.¹⁰⁹⁰ Según parece, la división especial fue establecida para enfrentar las quejas de que los jueces no estaban capacitados para conocer de asuntos internacionales.¹⁰⁹¹ La división internacional de Hamburgo conoce de asuntos en los que una de las partes no es de nacionalidad alemana o, si se trata de una empresa, no tiene su domicilio en Alemania, o de asuntos en los que puede ser aplicable derecho extranjero o uniforme.¹⁰⁹² En comparación con los asuntos nacionales ordinarios de que conocen las demás salas del tribunal, en la división internacional es más elevada la cuantía promedio de las demandas, mientras que la duración promedio de los asuntos y el número de audiencias, con y sin desahogo de pruebas, también es ligeramente superior.¹⁰⁹³ Esto era de esperarse, ya que puede suponerse que los casos internacionales serán más complejos y requerirán más tiempo.

Si los asuntos internacionales¹⁰⁹⁴ tramitados por la división internacional de Hamburgo son comparados con los asuntos de que conocen las salas ordinarias, uno esperaría que la especialización mostrara sus ventajas. Sin embargo, los resultados del estudio no parecen confirmar esta hipótesis. La duración media de los asuntos internacionales fue de 220 días en la división internacional y de 208 en las salas ordinarias. La suposición de que esto se debe a que los asuntos son examinados de manera más intensa en la división internacional (por ejemplo, a través de un mayor número de audiencias, de más actuaciones para el desahogo de pruebas, de un mayor número de sentencias y arreglos, etcétera), no encuentra apoyo en los datos.¹⁰⁹⁵ No obstante, se encontró el doble de peticiones de aplicación de derecho extranjero y menos alegatos basados en derecho uniforme (los asuntos comerciales son enviados a la sala respectiva). Mientras que 16% de las sentencias en la división internacional se fundaron en derecho extranjero, ello sólo ocurrió en sólo 6% de las sentencias dictadas por las salas ordina-

¹⁰⁹⁰ Gessner (1996b, pp. 150 y s., 181-185).

¹⁰⁹¹ *Ibidem*, pp. 181 y ss.

¹⁰⁹² *Ibidem*, p. 182.

¹⁰⁹³ *Ibidem*, p. 183.

¹⁰⁹⁴ La definición de asunto internacional es más estricta aquí, pues comprende solamente aquellos en que una de las partes no reside en Alemania.

¹⁰⁹⁵ Gessner (1996b, p. 183).

rias, en tanto que la situación se invirtió en relación con las sentencias fundadas en derecho uniforme.¹⁰⁹⁶

La conclusión del estudio es que el 80% de los asuntos internacionales fueron tramitados como si se tratara de asuntos ordinarios. El 20% restante fue examinado de manera más intensa “tomando más en serio el derecho extranjero, alentando a los abogados a no tomar la primera oportunidad para elegir el derecho (alemán) aplicable, y, en casos muy excepcionales, desahogando pruebas en el extranjero”.¹⁰⁹⁷

No obstante, “el esfuerzo adicional de los jueces no es demasiado impresionante: en asuntos internacionales solamente tuvieron que dictar ocho sentencias fundadas en derecho extranjero o uniforme en 1988”.¹⁰⁹⁸

C. Distribución territorial

La distribución territorial de los tribunales presenta varios aspectos interesantes. La dimensión sociológica se refiere a los factores sociales que condicionan un mapa judicial particular. La dimensión política se ocupa de las conexiones entre los tribunales y el aparato y las autoridades del Estado.¹⁰⁹⁹ Sin embargo, también hay un componente de eficiencia, que tiene que ver con la distribución uniforme de los niveles de litigio en un cierto territorio y los costos de acceso de la población a los tribunales que derivan de la distancia geográfica. Dicho en otras palabras: una distribución territorial eficiente de los tribunales pretende minimizar los costos resultantes de los desiguales niveles de litigio en una cierta circunscripción judicial y de la distancia física que deben recorrer los litigantes para tener acceso a ellos.¹¹⁰⁰

¿Es posible determinar una distribución territorial eficiente de los tribunales? Y si ello es así, ¿cuál es la metodología apropiada? En Chile se llevó a cabo un estudio sobre esta cuestión particular, como parte de un proyecto más amplio de modernización de los tribunales.¹¹⁰¹ En los años setenta se realizó en Chile una nueva división territorial, razón por la cual los poderes

¹⁰⁹⁶ *Ibidem*, p. 184.

¹⁰⁹⁷ *Ibidem*, p. 185.

¹⁰⁹⁸ *Idem*.

¹⁰⁹⁹ Véase, por ejemplo, Commaille (1990; 1999).

¹¹⁰⁰ Todas estas cuestiones poseen una dimensión de justicia: acceso, y por tanto, representatividad de las cuestiones manejadas y resueltas,

¹¹⁰¹ Vrsalovic Mihoovic (1991).

ejecutivo y judicial crearon un comité responsable de evaluar los cambios que requería el sistema judicial para ajustarse a la nueva organización territorial. Entre otras propuestas, el comité produjo un informe que recomendaba el establecimiento de 57 nuevos tribunales, así como la conveniencia de que la competencia territorial de los tribunales coincidiera, en la medida de lo posible, con la división territorial existente para los efectos de su gobierno y administración. Sin embargo, no se cumplió plenamente el objetivo de determinar el número y territorios de los tribunales de acuerdo con criterios objetivos.¹¹⁰² Este fue el propósito del estudio que se resume enseguida.

El estudio hace notar, primeramente, que los cambios en la distribución espacial de los tribunales ordinarios procedieron de manera muy lenta entre 1980 y 1989, y que no estuvieron basados en lineamientos o una política explícita. De hecho, los tribunales fueron establecidos de manera preferente en lugares en los que ya existían uno o más tribunales, dando por resultado que en 1989 ya había uno o más tribunales en 36% de los municipios.¹¹⁰³ La metodología propuesta para evaluar la eficiencia de la distribución territorial de los tribunales es objetiva, en la medida que opera sólo con fundamento en datos cuantitativos. Esto permite medir el grado en que se han respetado los principios de equidad y eficiencia. El resultado final indica el grado en el que se está utilizando la capacidad de procesamiento del tribunal que se trate, así como la distancia a la que se encuentra el habitante menos favorecido.¹¹⁰⁴ Cuando la creación de tribunales no respeta las restricciones fijadas por esta metodología, es posible medir el grado de desviación frente a los criterios de eficiencia y equidad definidos por el modelo.¹¹⁰⁵

El modelo trabaja con algunos datos bastante simples. Así, calcula la cifra promedio de asuntos tramitados por los tribunales durante varios años (“tasa de servicio”). Enseguida produce una “unidad base de población”, definida por el número de personas que genera un cierto número de asuntos que pueden ser manejados eficientemente por el tribunal.¹¹⁰⁶ Para calcular esta unidad, se divide la tasa de servicio por el número promedio, *per capita*.

¹¹⁰² *Ibidem*, p. 181.

¹¹⁰³ *Ibidem*, pp. 188 y 190.

¹¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 202.

¹¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 203.

¹¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 205.

ta y por año, de los asuntos interpuestos ante los tribunales durante un cierto periodo. El estudio incluye la posibilidad de agrupar municipios de la misma región como unidad de base territorial.¹¹⁰⁷

La metodología así definida fue aplicada luego a una sola región.¹¹⁰⁸ Los cálculos indicaron el número propuesto de tribunales para cada grupo de municipios y el porcentaje de la capacidad utilizada de cada tribunal. En comparación con la situación existente, los resultados obtenidos recomendaban un aumento de seis tribunales y una nueva demarcación de su competencia territorial sobre la base de grupos de municipios.

3. El reclutamiento de los jueces

El reclutamiento de los jueces es un tema de central importancia en cualquier examen teórico del rol que desempeñan los tribunales en la sociedad contemporánea. Se supone que el método de selección y nombramiento, así como la experiencia profesional previa o el entrenamiento especializado de un candidato a un cargo judicial, garantizan en buena medida que el poder judicial será independiente de los otros poderes públicos y sociales, así como su fidelidad a la letra y el espíritu de la ley.

Ambas tradiciones jurídicas, la romanista y la angloamericana, han creado mecanismos y procedimientos bastante elaborados para asegurar, en la medida de lo posible, que se logren estos dos objetivos. No obstante, tales mecanismos y procedimientos son paradójicos en alguna medida. Por un lado, pretenden seleccionar los candidatos más adecuados desde el punto de vista del conocimiento y la capacidad profesionales, es decir, que sean capaces de actuar libres de influencias políticas. Por el otro lado, se introduce, o se tolera, un cierto grado de control político dentro del proceso de selección y nombramiento, en la medida que los tribunales ejercen poder e influencia social reales que requiere ser limitado de algún modo. Por lo común, los elementos políticos son más visibles en la selección y nombramiento de los jueces en la tradición angloamericana, pero también existen en los países que han instituido la carrera judicial. Hay que recordar que aún en los casos en que este proceso de selección y nombramiento se encuentra en manos de un cuerpo autónomo, como el Consejo de la Judica-

¹¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 207.

¹¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 209 y ss. El área escogida es la Región V, Valparaíso, la tercera más poblada del país.

tura, la composición de este organismo es en sí misma producto de negociaciones e intereses políticos.¹¹⁰⁹

Desde el punto de vista de la eficiencia, el proceso de reclutamiento de los jueces resulta de interés en dos aspectos interrelacionados. Primero, en la medida que los jueces calificados profesionalmente estén mejor capacitados para producir resultados socialmente eficientes en sus decisiones que los jueces que no lo están, lo que es una hipótesis objeto de alguna controversia teórica pero que es aceptada más o menos sin cuestionamiento en la práctica. Segundo, en la medida que el proceso de reclutamiento mismo es costoso y puede ser más o menos adecuado desde la perspectiva de los incentivos que ofrece para seleccionar a los mejores candidatos.

Existen varios estudios interesantes sobre la selección y el nombramiento de jueces, particularmente desde un punto de vista político. Sin embargo, parece haber muchos menos estudios que examinan este problema desde el punto de vista de la *eficiencia organizacional*. Un ejemplo destacado de esta última perspectiva es un estudio sobre el proceso de selección de los jueces italianos, publicado a fines de los años sesenta.¹¹¹⁰ Aunque el proceso de selección de los jueces italianos ha cambiado sustancialmente desde entonces, de todos modos resumiremos las principales conclusiones del estudio, por su carácter ejemplar y por el interés intrínseco que presentan.

El autor del estudio hace notar que, en ese entonces, la administración de justicia en Italia no consideraba el proceso de reclutamiento como un problema de eficiencia, es decir, no lo veía desde la perspectiva de la relación entre los recursos empleados y las unidades producidas. Tampoco se planteaba, ni podía hacerlo, preguntas como las siguientes: ¿cuál es el costo global de todas las operaciones de reclutamiento? ¿Cuál es el costo de seleccionar a cada juez que ocupa inicialmente un cargo judicial? ¿De qué manera podría obtenerse los mismos resultados a un costo inferior, reestructurando el proceso de selección?¹¹¹¹

El estudio examina el tiempo que transcurre entre el momento en que surge la necesidad de ocupar una plaza judicial, y aquel en que los nuevos jueces empiezan efectivamente a ejercer sus funciones. Este tiempo se di-

¹¹⁰⁹ Un fascinante estudio de caso, sobre Japón y los Estados Unidos, el cual liga la independencia judicial más a las elecciones políticas, y específicamente a las expectativas de largo plazo del partido en el gobierno, y menos a los procedimientos de nombramiento y evaluaciones de desempeño de los jueces, es el de Ramseyer (1994).

¹¹¹⁰ Di Federico (1968).

¹¹¹¹ *Ibidem*, pp. 100 y ss.

vide en dos periodos: el primero, que es de duración variable, desde el momento en que se produce una vacante hasta el nombramiento del nuevo juez a través de un concurso entre los candidatos; el segundo periodo va desde el momento del nombramiento hasta la asunción efectiva de las funciones oficiales, ya que la ley exigía un periodo de práctica mínimo antes del ejercicio efectivo de la función. El primer periodo solamente podía durar entre dos y tres años.¹¹¹²

Las organizaciones responsables de la administración de justicia habían descubierto varias causas de la falta de efectividad del proceso de reclutamiento. Después de 1950, catorce de los diecinueve concursos no habían logrado seleccionar el número suficiente de candidatos para ocupar las plazas vacantes. El cuerpo responsable de llevar a cabo los concursos consideraba que la formación jurídica de los candidatos, incluyendo la de los ganadores mismos, no era adecuada y no satisfacía las expectativas y necesidades de los tribunales. El diagnóstico oficial atribuía esto, así como la participación decreciente en los concursos, al reducido atractivo del salario inicial y de la carrera judicial en general; al número decreciente de egresados de la carrera; al aumento en el número de puestos más atractivos en el mercado de trabajo, y al retraso entre el concurso y el primer salario.¹¹¹³ Por tanto, se tomaron algunas medidas para reducir el tiempo tomado por el proceso de reclutamiento, por ejemplo, mediante la admisión de candidatos recién egresados de la universidad, o a través de la posposición del análisis de los antecedentes personales y profesionales de los candidatos hasta después de las pruebas escritas.¹¹¹⁴ Igualmente, se propuso que los nuevos jueces recibieran un salario más elevado y mayores incentivos para la carrera.¹¹¹⁵

El estudio analiza algunas de estas conclusiones y las critica por su falta de fundamento empírico. No encuentra que el número de estudiantes de derecho hubiera disminuido o que la institución judicial tuviera que seleccionar su personal entre egresados de segunda clase.¹¹¹⁶ Por el contrario, la administración de justicia lograba todavía reclutar sus nuevos miembros entre los estudiantes que concluían sus estudios de derecho con las más al-

¹¹¹² *Ibidem*, p. 102.

¹¹¹³ *Ibidem*, pp. 104 y ss.

¹¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 120 y ss.

¹¹¹⁵ *Ibidem*, p. 124.

¹¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 107 y ss.

tas calificaciones. Un problema completamente diferente era que la escuela de derecho no ofrecía la preparación necesaria para obtener también las calificaciones más altas en los concursos.¹¹¹⁷ Por esta razón, al concluir sus estudios los candidatos a un concurso tenían que prepararse durante varios meses para las pruebas escritas.

El estudio llegó a la conclusión que las deficiencias cuantitativas y cualitativas del proceso de reclutamiento se debían al hecho de que la oferta del mercado de trabajo no estaba suficientemente calificada para satisfacer los requisitos mínimos de conocimiento que exigía la administración de justicia como necesarios para participar en la etapa de entrenamiento práctico antes de convertirse en juez. Por tanto, la solución consistía en reducir los requisitos de admisión y ofrecer cursos apropiados para ajustar el conocimiento y las capacidades que tenían los jóvenes reclutas a las necesidades de la institución reclutadora.¹¹¹⁸

IV. GESTIÓN

Este apartado examina brevemente la perspectiva gerencial en su aplicación a los tribunales como organizaciones. Como ya se ha dicho, la gestión se ocupa del control del comportamiento dentro de las organizaciones. En el ámbito de los tribunales, la gestión abarca toda la gama de tareas y actividades organizacionales encaminadas a mejorar la cantidad y la calidad en la prestación de servicios judiciales. La perspectiva gerencial en el estudio de los tribunales tiene la ventaja de permitir la comparación con los problemas de gestión que enfrentan otras organizaciones públicas y privadas.¹¹¹⁹

Haremos una distinción entre gestión de los tribunales y gestión de los asuntos. En términos generales, la segunda puede ser vista como parte de la primera. Sin embargo, la distinción es útil no sólo porque ambos conceptos pueden referirse a diferentes problemas y soluciones, pero también porque presentan un grado variable de relevancia en las distintas tradiciones jurídicas.

¹¹¹⁷ En este sentido, se invierte la correspondencia entre las calificaciones en la escuela de derecho y las calificaciones de los exámenes: un gran porcentaje de los participantes obtiene las más altas notas en la universidad y las más bajas en los exámenes. *Ibidem*, p. 117.

¹¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 122 y ss.

¹¹¹⁹ Saari (1982, p. 4): la gestión de tribunales es interdisciplinaria, “un hecho no muy distinto de la gestión de negocios o de otros campos de gestión gubernamental”.

Aquí haremos referencias a los estudios y experiencias que no sólo tratan de explicar el funcionamiento de los tribunales desde un punto de organizacional general, como se ha dicho, sino que examinan explícitamente la necesidad, y la posibilidad, de introducir una perspectiva gerencial activa para resolver algunos de los problemas que afectan al desempeño judicial.

1. Gestión de los tribunales

Se ha señalado que el concepto de “gestión de los tribunales” (*court management*) tiene dos sentidos interrelacionados: por un lado, y de acuerdo con el concepto propuesto más arriba, se refiere generalmente al control del comportamiento dentro de las organizaciones llamadas tribunales; o en términos un poco distintos, se refiere a la forma descentralizada de administración del sistema judicial, ya que cada tribunal en lo individual requiere realizar tareas internas de organización y administración que no pueden dejarse completamente en manos de un cuerpo centralizado. Por lo tanto, un problema central de la gestión de tribunales radica en el equilibrio adecuado que hay que encontrar entre la administración centralizada y la autonomía descentralizada, tanto organizacional como administrativa, de que debe gozar un tribunal, a fin de funcionar satisfactoriamente, así como la coordinación adecuada que debe existir entre ambos niveles organizacionales.¹¹²⁰

Un segundo significado, más restringido, de “gestión de tribunales” se relaciona con los conceptos de eficiencia y eficacia en el contexto de las políticas de reforma y modernización judiciales, las cuales, a su vez, están condicionadas por un entorno social más exigente e incierto.¹¹²¹ Desde este punto de vista, la gestión de las organizaciones judiciales está sujeta a una redefinición que comprende una multiplicidad de cambios: la renovación de los recursos humanos y materiales; el mejoramiento de las estructuras de servicio y los métodos de trabajo; la implementación de nuevos procedimientos judiciales, y la introducción de herramientas de gestión y evaluación.¹¹²² Por tanto, las modalidades de gestión se vuelven más conscientes, más enfocadas a objetivos y más explícitas.¹¹²³ Dicho en otros términos:

¹¹²⁰ Este punto es explícitamente subrayado por Ackermann y Bastard (1993b) con respecto al problema de las innovaciones en los tribunales.

¹¹²¹ *Cfr.* Saari (1982, p. 13).

¹¹²² Ackermann y Bastard (1993b, p. 9).

¹¹²³ *Ibidem*, p. 111.

cuando la necesidad de racionalización y modernización de los tribunales se convierte en un problema públicamente percibido y en una motivación para llevar a cabo políticas judiciales explícitas, entonces la gestión de tribunales puede verse como un movimiento propio de reforma y, por tanto, como razón para realizar estudios e investigaciones judiciales.

En ninguna parte es tan visible este aspecto como en los Estados Unidos, donde la gestión judicial ha generado un movimiento destacado, con sus propios estudiosos, instituciones, congresos y profesionistas.¹¹²⁴ Si bien la gestión judicial es, en este sentido, un fenómeno relativamente reciente, la preocupación por la “administración judicial” se remonta al menos al inicio del siglo XX, como lo atestigua el famoso discurso que pronunciara Roscoe Pound en 1906 sobre “Las causas de la insatisfacción popular con la administración de justicia”. Los reformadores como Pound y Taft defendían niveles más elevados de eficiencia, integración, unificación y coordinación en el sistema judicial federal, a través de cambios en la organización de los tribunales y la creación de organismos auxiliares dentro del poder judicial.¹¹²⁵ Sus esfuerzos rindieron importantes frutos en los años veinte y treinta.¹¹²⁶

En 1967, la gestión de casos y tribunales recibió un nuevo impulso con la creación del *Federal Judicial Center*, un organismo judicial que, entre otras tareas, está encargado de formular recomendaciones para el mejoramiento de la administración y gestión de los tribunales federales de los Estados Unidos.¹¹²⁷ En la actualidad, la profesión de gerente judicial es una característica común de los tribunales estadounidenses. Con independencia del ocasional debate de si constituye una genuina profesión o no, así como la medida en que existe necesidad de ella,¹¹²⁸ estos profesionistas desempeñan una variedad de roles en la gestión de las funciones operativas de los tribunales en términos de flujo de los asuntos, finanzas, organización y archivos.¹¹²⁹ A fin de

¹¹²⁴ Véase, por ejemplo, Friesen, Gallas y Gallas (1971), Saari (1982), Boyum y Hudzik (1991) y los artículos reunidos en este número especial del *Justice System Journal* sobre gestión de tribunales. Desde una perspectiva continental europea Röhl (1993b).

¹¹²⁵ Carp y Stidham (1993, p. 67).

¹¹²⁶ *Ibidem*, p. 68.

¹¹²⁷ *Ibidem*, pp. 71 y ss.

¹¹²⁸ Saari (1982, p. 17): por ejemplo, “los tribunales carecen relativamente de conciencia sobre los factores humanos de la gestión, a menos que un gerente judicial contribuya a una sensibilidad mayor de tales factores a fin de mejorar el clima organizacional”.

¹¹²⁹ Saari (1982, cap. 4).

tener éxito en esta empresa, es necesario examinar una serie de cuestiones, tales como la formación adecuada para los gerentes judiciales, su papel como líderes judiciales y sus relaciones con los jueces, etcétera.¹¹³⁰

En los países de tradición romanista, la perspectiva gerencial empieza a echar raíces, como lo demuestran algunos estudios que han adoptado esta orientación.¹¹³¹ Por otra parte, también es cierto que el movimiento gerencial judicial no tiene el mismo perfil que el que adopta en los países de tradición angloamericana. Las diferencias en la organización y el procedimiento le otorgan a la gestión judicial en los países de *common law* un margen de desarrollo más amplio. Muchas de los aspectos de organización y procedimiento que pueden resolver los tribunales en las jurisdicciones angloamericanas son incorporadas usualmente en los códigos procesales y en las leyes orgánicas de los tribunales de los países romanistas.¹¹³² A pesar de estas importantes diferencias, la gestión judicial se convierte en una herramienta operativa importante y en una perspectiva intelectual útil para la solución exitosa de los similares problemas que enfrentan los tribunales más allá de fronteras nacionales y tradiciones jurídicas.

A. Los tribunales como organizaciones de servicios

Desde una perspectiva gerencial (y desde un punto de vista económico), los tribunales son *prestadores de servicios*. El principal servicio que ofrecen es la resolución de conflictos conforme a estándares conocidos,¹¹³³ mientras que la gestión es una herramienta para la aplicación racional de los recursos que requiere la orientación al servicio. Esta perspectiva de servicios tiene ciertas implicaciones. Se enfoca en aspectos tales como la naturaleza de la demanda; el costo del servicio en relación con servicios equivalentes; las condiciones bajo las cuales aquél es proporcionado; la calidad en relación con el precio, las necesidades y expectativas de los clientes, etcétera. Se supone también que el servicio es prestado de un modo constantemente mejorado.

¹¹³⁰ *Justice System Journal* (1991), número especial sobre gestión de tribunales.

¹¹³¹ Por ejemplo: Ackermann y Bastard (1993b) y los estudios de “Análisis estructural de la administración de justicia” en Alemania. Un planteamiento más temprano se encuentra en Zwiesele y Bender (1972).

¹¹³² Röhl (1993b, p. 16).

¹¹³³ Saari (1982, p. 4).

Por esta razón, los tribunales y otros tribunales relacionados con la política judicial han comenzado a desarrollar estándares y objetivos para evaluar el desempeño de los tribunales. Así, por ejemplo, el *Centre for Court Policy and Administration* de la Universidad de Wollongong, Australia, siguiendo esfuerzos y experiencias similares en los Estados Unidos y otros países, desarrolló un proyecto sobre “servicios al cliente en los tribunales locales” por encargo de los Tribunales Locales de Nueva Gales del Sur y en cooperación con ellos.¹¹³⁴

La evaluación se llevó a cabo sobre la base de cinco principios, cada uno de los cuales es desarrollado a través de varios estándares, de los cuales derivan, por su parte, un cierto número de objetivos (*benchmarks*) para indicar la conformidad con el estándar.¹¹³⁵ Los cinco estándares son:¹¹³⁶

- Acceso a la justicia.
- Celeridad y oportunidad.
- Igualdad, imparcialidad e integridad.
- Independencia y responsabilidad.
- Confianza pública.

El segundo principio, por ejemplo (“celeridad y oportunidad”) es definido con más detalle por los siguientes estándares:¹¹³⁷

- *Gestión del flujo de asuntos*: el tribunal cumple con los lineamientos establecidos para la oportuna tramitación del asunto, al mismo tiempo que se mantiene al día con los nuevos asuntos ingresados.
- *Calendarización*: los procedimientos del tribunal aseguran que la comparecencia del cliente en el tribunal implique los menores inconvenientes.
- *Registro del servicio al cliente*: el Registro responde a las llamadas telefónicas y a la comparecencia personal con prontitud, y contesta

¹¹³⁴ Condie *et al.* (1996a y b) y Mohr *et al.* (1997).

¹¹³⁵ Mohr *et al.* (1997, p. 167) señalan que el equipo de investigación se vio alentado por sus colegas en el tribunal a preferir las medidas de desempeño práctico en comparación con medidas elaboradas o técnicas. “Este enfoque ayudará a promover la adopción por los tribunales de estándares como útil herramienta de trabajo”.

¹¹³⁶ Listados por primera vez en esta forma por el *US National Center for State Courts* en 1990. Mohr *et al.* (1997, p. 162).

¹¹³⁷ Condie *et al.* (1996a, pp. 10 y ss.

las peticiones de información y de otros servicios en un plazo razonable que asegure su uso efectivo.

El estándar relacionado con la calendarización genera, por su parte, los siguientes objetivos:¹¹³⁸

- No se exige a los clientes comparecer en más de tres audiencias a fin de concluir su asunto.
- No se exige a los clientes esperar más de dos horas a partir de la hora de su cita antes de ser atendidos en el tribunal.
- Los tiempos de espera son equitativos, de modo que las partes sin representación de abogado no sufren desventaja por este hecho.

Puede argumentarse que la mayoría de estos estándares y objetivos omiten abordar la sustancia de la calidad en la resolución de controversias,¹¹³⁹ como si el servicio prestado fuera solamente un paquete y no el contenido. Sin embargo, la crítica está fuera de lugar, ya que, primero, tal no es el propósito de tales estándares y objetivos, y segundo, la sustancia y la calidad en la resolución de la controversia son garantizadas por otros medios. Conviene, además, recordar que la eficiencia puede ser vista como componente de la justicia.

La resolución de conflictos no sólo es un servicio, sino un *servicio público*, prestado por instituciones públicas bajo condiciones cuasimonopólicas, con el objetivo de satisfacer una necesidad de interés general.¹¹⁴⁰ Ello exige que la prestación de tal servicio siga ciertos principios y respete determinados estándares, tales como los principios de “igualdad”, “gratuidad”, “neutralidad judicial” y “continuidad del servicio”.¹¹⁴¹ *Igualdad* significa que cualquier ciudadano tiene la posibilidad de igual acceso a los mismos tribunales para la resolución de sus conflictos conforme a las mismas normas sustantivas y procesales.¹¹⁴² El principio de *gratuidad* no siempre es garantizado formalmente por todos los sistemas jurídicos, pero

¹¹³⁸ *Idem*.

¹¹³⁹ Para un análisis de la calidad de la solución de conflictos, veáse el número especial de *Denver University Law Review*, vol. 66, núm. 3 (1989), en especial el artículo de Bush (1989).

¹¹⁴⁰ *Cfr.* Vincent *et al.* (1996, p. 128) y Ministère de la Justice (1989).

¹¹⁴¹ Vincent *et al.* (1996, pp. 128 y ss.).

¹¹⁴² *Ibidem*, p. 130.

lo usual es que la resolución de controversias por los tribunales esté altamente subsidiada por el Estado, en el sentido de que los litigantes tienen que pagar una cuota muy baja o simbólica para tener acceso a los tribunales (otros gastos, como los honorarios de los abogados, no son subsidiados en lo general). La *neutralidad judicial* complementa el principio de igualdad en el caso concreto, ya que el juez debe resolver toda controversia desde una posición de justicia e imparcialidad que no debe traducirse en desventaja para ninguna de las partes. Por último, la *continuidad del servicio* significa que, con algunas excepciones limitadas, el servicio está disponible en todo momento.

La noción de que la justicia es un servicio que puede “comprarse” y “venderse” como cualquier otra mercancía¹¹⁴³ resulta evidente e inevitable si se toma en cuenta que cualquier aparato organizado requiere recursos escasos para funcionar y que tales recursos siempre tienen usos alternativos que deben justificarse en términos de eficiencia.¹¹⁴⁴ Sin embargo, esto no es universalmente aceptado. Se resisten a ello, por ejemplo, quienes creen que la función judicial es, en el mejor de los casos, un mal necesario, no un servicio cotidiano, quizá porque aquella perspectiva podría promover más litigios al hacerlos tan moralmente aceptables como cualquier otra operación económica lícita.¹¹⁴⁵ Tampoco es plenamente aceptada por quienes piensan que la perspectiva del servicio, junto con sus consecuencias económicas, es “tecnocrática” y “no democrática”.¹¹⁴⁶ Por último, tampoco parece ser la mentalidad dominante entre quienes están encargados de prestar ese servicio, así como tampoco entre quienes supuestamente se benefician de él, como lo muestran algunos estudios sobre los tribunales alemanes, estudios que, significativamente, fueron llevados a cabo por empresas de consultoría.¹¹⁴⁷

Así, por ejemplo, una investigación organizacional comparativa sobre los tribunales fiscales y administrativos en Alemania señala que el ciudadano tiene una limitada percepción del tribunal como moderna empresa prestadora de servicios, y que los “recursos humanos” son un término ajeno para la

¹¹⁴³ Cfr. Landes y Posner (1979). Conviene aclarar que en realidad no se compra la justicia sino el servicio que permite impartirla.

¹¹⁴⁴ Véase Hazard, Jr. (1965) y Fix-Fierro (1995a, pp. 69 y ss.).

¹¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, Carrington (1979).

¹¹⁴⁶ Véase Heydebrand y Seron (1990).

¹¹⁴⁷ Véase, por ejemplo, Wibera (1991) y Koetz *et al.* (1992; 1993).

misma administración de justicia.¹¹⁴⁸ Además de otros problemas relacionados con la organización del trabajo judicial, el estudio concluyó, por ejemplo, que la infraestructura no era adecuada para motivar al personal y para presentar a los tribunales como instituciones importantes al público que pide justicia.¹¹⁴⁹ Igualmente, otro estudio sobre la organización de los tribunales alemanes colegiados de primera instancia hizo notar el deficiente “espíritu de servicio” de estos tribunales debido a la falta de tales caracteres como un servicio adecuado a la entrada, horario de apertura cómodo, salas de audiencia en buen estado, y una cafetería o *snack-bar*.¹¹⁵⁰

B. Estrategias y estilos de gestión

Los estilos y las estrategias de la gestión judicial varían fuertemente entre tribunales, dependiendo de varios factores, tales como las restricciones prácticas que afectan la labor judicial en el ámbito local; la aceptación de una gestión consciente; la personalidad de los principales funcionarios y la relación de trabajo que establezcan con sus subordinados y otras organizaciones. Las hipótesis del modelo organizacional en que se apoyan las opciones particulares de gestión que se adopten también son relevantes.¹¹⁵¹

1148 Wibera (1991, p. 13).

1149 *Ibidem*, p. 14.

1150 Koetz *et al.* (1993).

1151 Véase, por ejemplo, Dahlin (1986, pp. 1 y ss.), quien compara dos modelos de gestión de tribunales: el modelo tradicional, basado en el concepto de un sistema jerárquico y dirigido centralmente, y el modelo alternativo. El modelo tradicional responde habitualmente a las hipótesis organizacionales y gerenciales que son generalmente congruentes con los modelos clásicos, mecánicos o cerrados de la teoría general de la organización. El modelo alternativo, desarrollado por el *Institute for Court Management*, establecido en 1970, es la consecuencia de varias consideraciones: la administración judicial se basa en algo más que los requisitos funcionales: el papel normativo especial de los tribunales en la historia de los Estados Unidos; la ambigüedad de los objetivos judiciales; la necesidad de la independencia judicial. Por tanto, se puede concluir que los tribunales requieren una alta capacidad administrativa interna, pero no de tipo jerárquico. En cambio, es de preferirse un modo descentralizado de organización y un modelo consultivo y colegiado de gestión. En un mundo ambiguo, es probable que las soluciones a los problemas sean parciales y caducas. Por tanto, el diseño organizacional y las técnicas de gestión deben estar más orientados hacia los requerimientos del aprendizaje y la evolución, más que a la certidumbre y el control, y a la diversificación y la experimentación, más que a las prácticas estandarizadas (pp. 42 y ss.).

Por tanto, la división del trabajo dentro de un tribunal puede requerir cambios no sólo con el propósito de alcanzar mayor efectividad en la resolución de los asuntos, sino también para crear condiciones más favorables para la reproducción de la labor judicial, como por ejemplo, una reducción en los costos de coordinación, la introducción de incentivos motivacionales para el personal judicial, o el mejoramiento de la capacidad del tribunal para enfrentar y resolver las “crisis”.

Varios estudios organizacionales sobre los tribunales abordan cuestiones similares a las mencionadas más arriba. Así, por ejemplo, el “modelo de desintegración” que caracterizaba la división del trabajo en los tribunales alemanes, y la recomendación de volver hacia un modelo de “integración parcial”. Este último modelo, aunque conservaría la actual separación entre oficina de despacho y secretaría, introduciría medidas organizacionales simples para incrementar la integración de las tareas y asegurar un mejor flujo de la labor judicial: concentración espacial, no más especialización en la separación entre ambas oficinas, transporte de los expedientes por los empleados mismos, etcétera.¹¹⁵²

Otro estudio, publicado a comienzos de los años ochenta, trató de contribuir a la “humanización” del trabajo de los tribunales, y para tal efecto evaluó la introducción experimental de una “oficina de despacho grupal” (*Gruppengeschäftsstelle*) en un tribunal menor en la ciudad de Hamburgo, Alemania.¹¹⁵³ En lugar de un elevado grado de centralización y especialización del trabajo, las cuales confieren a la organización “procesadora” un predominio sobre las demás expectativas, como las de los jueces y los clientes, la oficina del despacho tiene que organizarse alrededor del concepto de grupos de trabajo descentralizados, mixtos, independientes y auto-coordinados. Tal principio organizacional también requiere mayor tiempo y participación por todos los participantes en la formulación y la aceptación de las reglas de coordinación. Una demanda similar es dirigida hacia los jueces, los cuales no sólo tienen que ajustarse a la organización procesadora de la oficina del despacho, sino también a la de sus colegas.¹¹⁵⁴

Tanto el equipo del proyecto como un grupo de investigación externo evaluaron el diseño experimental.¹¹⁵⁵ El equipo del proyecto encontró que

¹¹⁵² Koetz *et al.* (1993, pp. 37 y ss.).

¹¹⁵³ Bauer *et al.* (1983).

¹¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 15.

¹¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 170 y ss., 191 y ss.

los participantes evaluaban de manera positiva aspectos tales como “mejor desempeño”,¹¹⁵⁶ “mejoramiento de las condiciones de trabajo” y “mejoramiento de la colaboración”. Por lo que se refiere al aspecto de la eficiencia, no sólo mejoró el desempeño del tribunal en términos objetivos (debido a una reducción del tiempo de tramitación, por ejemplo), sino también porque la percepción subjetiva de este cambio por los participantes se tradujo en un grado más elevado de satisfacción personal junto con una mejoría general en la calidad del trabajo judicial.¹¹⁵⁷

El grupo de investigación externo, cuya tarea era evaluar el grado en que se alcanzaron los objetivos originales del proyecto más que realizar investigación propia, estuvo de acuerdo con el equipo del proyecto de que había habido mayor racionalización, mejoría en la prestación del servicio, y el trabajo se había humanizado en comparación con la anterior organización. Sin embargo, no se alcanzaron en varios aspectos los objetivos originales del proyecto.¹¹⁵⁸ El grupo de investigación indicó una serie de dificultades y consecuencias asociadas con la introducción experimental de la oficina de despacho grupal.

La primera dificultad se produjo debido a la necesidad de reclutar participantes para el experimento sobre una base más o menos voluntaria. Si bien hubo consenso general sobre las deficiencias de la organización existente, la disposición a participar se redujo en la medida que se cuestionaron las rutinas y las posiciones de poder existentes.¹¹⁵⁹ Ello hizo necesario “negociar” con los potenciales participantes y hacer “concesiones” en relación con sus posiciones y tareas futuras, a costa de debilitar considerablemente el modelo experimental.¹¹⁶⁰ Resulta interesante señalar que la negociación y la crítica del modelo propuesto cesaron con la introducción de tecnología de oficina. La tecnología creó una nueva realidad e introdujo nuevas restricciones a las que tuvieron que adaptarse los participantes.¹¹⁶¹ El grupo

¹¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 219 mencionan, por ejemplo, que el tiempo de procesamiento para los grupos de trabajo en la sección civil se redujo de manera mensurable y drástica entre cuatro y seis semanas. Esto significa una reducción de un 40% en los asuntos cuyo tiempo de resolución era menor de tres meses, lo que representaba aproximadamente 65% de todos los juicios.

¹¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 187 y ss.

¹¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 191.

¹¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 192 y ss.

¹¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 197 y ss.

¹¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 200 y ss.

de investigación concluyó que el experimento había demostrado la compatibilidad de la descentralización y la desespecialización con la introducción de tecnologías de oficina avanzadas.¹¹⁶²

Estos dos estudios sugieren que una atmósfera de trabajo no saludable y la fragmentación de las tareas generan costos que no son compensados por una mayor especialización, sino a través de un modo distinto de integrar y coordinar las tareas. Dicho en otras palabras: se requiere un nuevo tipo de gestión y coordinación de naturaleza más horizontal, y su introducción no es necesariamente sencilla ni está exenta de costos propios (por ejemplo, salarios más elevados). Igualmente, otros dos estudios muestran la necesidad de un grado firme pero flexible de control interno y externo a fin de resolver, o prevenir eficazmente, las crisis provocadas recurrentemente por las cargas de trabajo.

El primer estudio sobre la organización de ocho “*tribunaux de grande instance*” franceses al que ya hemos hecho referencia,¹¹⁶³ compara el funcionamiento de dos tribunales desde el punto de vista de su eficacia.¹¹⁶⁴ El funcionamiento de ambos tribunales se basa en unidades autónomas de trabajo o “células” con un bajo nivel de interacción entre ellas. Uno de los tribunales parece tener un mejor desempeño y ser más eficaz. Este tribunal es descrito como una “máquina bien aceitada” en la que los funcionarios están extremadamente preocupados por el funcionamiento eficiente de sus unidades y ejercen un considerable nivel de control. El otro tribunal está menos preocupado por la eficacia y el control. Los autores del estudio creen que esta pequeña pero significativa diferencia puede afectar la capacidad de ambos tribunales para manejar cambios, tales como el reemplazo de sus funcionarios responsables o la introducción de nuevos conceptos de organización laboral. El tribunal “más eficaz” puede experimentar más problemas de adaptación y mostrar un mayor potencial de conflicto, ya que sus miembros pueden resultar incapaces de ver la necesidad del cambio cuando todo marcha tan bien. Por el contrario, el otro tribunal puede estar en mejores condiciones de ajustarse en el nivel humano a través del acuerdo y el compromiso,¹¹⁶⁵ mientras que el tribunal “más eficaz” tendrá pro-

¹¹⁶² *Ibidem*, pp. 203 y ss.

¹¹⁶³ Ackermann y Bastard (1993b).

¹¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 51-68.

¹¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 68.

bablemente menor capacidad de ajuste a las súbitas crisis de trabajo, puesto que ya está operando a su máxima capacidad.

El segundo estudio, proveniente de Inglaterra, analiza la “cultura organizacional” en los tribunales penales inferiores en relación con la calendarización de las comparecencias al tribunal.¹¹⁶⁶ Tales comparecencias plantean problemas, ya que la mayoría de las audiencias no se realizan de la manera esperada. Por tanto, los tribunales rara vez están en condiciones de ajustarse a un calendario fijo y los juicios se colapsan con frecuencia.¹¹⁶⁷ El objetivo del estudio era, por tanto, identificar los aspectos de una buena práctica de calendarización y los factores que podrían dar cuenta de las variaciones en el desempeño. Si bien las diversas técnicas de calendarización empleadas por los tribunales presentaban ciertamente interés en este sentido, el estudio se enfoca a los aspectos menos tangibles de la cultura organizacional, con base en la hipótesis de que pueden resultar un elemento más significativo.¹¹⁶⁸

Se seleccionaron ocho áreas de tribunales y se evaluó sus culturas organizacionales sobre la base de entrevistas. El marco para la comparación de tal cultura en los tribunales seleccionados se definió por dos dimensiones:¹¹⁶⁹

- La medida en que el tribunal tomaba la iniciativa y controlaba el trabajo que pasaba por su interior (control).
- La medida en que el tribunal invertía en estrategia, tanto en lo interno como en lo externo (estrategia).

Estas dos dimensiones daban cuatro posibles combinaciones:

- *Mayor control-mayor inversión en estrategia*: estos eran tribunales con bajos niveles de dilación, en los que la víctima, los testigos y los inculpados tenían preferencia sobre la comodidad de los profesionistas; la administración del tribunal era más visible, estaba más vigilada y era más responsable (*cultura de responsabilidad*).
- *Menor control-mayor inversión en estrategia*: estos tribunales funcionaban sin problemas y de manera eficiente; todos los profesionistas se adaptaban unos a otros (*cultura de negociación*).

¹¹⁶⁶ Raine y Willson (1993).

¹¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 273.

¹¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 239.

¹¹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 245 y ss.

- *Menor control-menor inversión en estrategia:* el tribunal no exige responsabilidad de las otras partes; la negociación no es un curso de acción eficaz, ya que es poco lo que el tribunal puede ofrecer, o negar, a las partes (*cultura de acomodo*).
- *Mayor control-menor inversión en estrategia:* ninguno de los tribunales funcionaba con base en esta cultura, la que podría denominarse *dictadura caprichosa*.

El estudio concluyó que los tribunales

que ponen énfasis en la negociación estratégica con los usuarios profesionales parecen ser más eficientes en el uso del tiempo del tribunal y realizan más audiencias plenarias y concluyen un mayor número de asuntos el día que son listados; pero a menos que esto se apoye en un control “elevado”, pueden terminar con una dilación más alta.¹¹⁷⁰

Por otro lado, los tribunales que toman el control y exigen de los usuarios profesionales que sean responsables ante el tribunal y la comunidad “tendrán por lo usual menor dilación pero es probable que sufran un nivel medio de colapso de las audiencias...”¹¹⁷¹

2. Gestión de los asuntos

A. ¿Por qué la gestión de asuntos?

La gestión de asuntos (*case management*) puede definirse como la intervención consciente de los funcionarios judiciales en el tratamiento de *asuntos en lo individual*, a través de diversas técnicas, con el propósito de concluirlos de manera más expedita, justa y barata. Como lo indica un manual de gestión litigiosa en los Estados Unidos: “La gestión de asuntos debe estar dirigida a ajustar los procedimientos y técnicas de resolución de conflictos a los recursos disponibles y a las necesidades del asunto”.¹¹⁷² Por tanto, se presume que, debido a que son diferentes, los asuntos requerirán distintos grados y formas de intervención gerencial: las opciones (de gestión) estarán

¹¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 250.

¹¹⁷¹ *Idem*.

¹¹⁷² Federal Judicial Center (1992, p. 2).

influidas por factores tales como la dimensión, complejidad y novedad del caso, así como por la capacidad, las tácticas y las actitudes de los abogados, y tales opciones se guiarán por reglas, mandamientos y la práctica locales, el plan de reducción de gastos y dilación del distrito, la jurisprudencia aplicable en el circuito y la discreción informada del juez.¹¹⁷³

En este sentido, la gestión de asuntos se ha desarrollado en los sistemas de *common law*, y en especial en los Estados Unidos, y es característica de ella.¹¹⁷⁴ La gestión de asuntos responde a la necesidad de resolver eficientemente las crecientes cargas de trabajo, mediante la incorporación de novedosas técnicas procesales y la articulación de nuevos derechos y recursos.¹¹⁷⁵ La idea central es que la eficiencia es promovida menos por las reformas de competencia y procedimiento que por la vigilancia del tribunal y las medidas de control sobre el comportamiento de todos los participantes.¹¹⁷⁶ En consecuencia, la gestión de casos ha traído un cambio en el papel clásico del juez del *common law*, de ser un participante alejado a desempeñar un papel esencial en el desarrollo del litigio y en influir en el resultado, antes y después de la audiencia. Los jueces de primera instancia se han convertido así en mediadores, negociadores y planeadores, un desplazamiento que ha provocado grandes críticas.¹¹⁷⁷

Una implicación es que el nivel más elevado de control del tribunal sobre el litigio conlleva un decremento en el nivel de control ejercido por las

¹¹⁷³ *Ibidem*, p. 3.

¹¹⁷⁴ Sobre los orígenes y desarrollo de la gestión de tribunales en los Estados Unidos véase Scott (1995) y Marcus (1995). Una recomendación central en el informe de 1995 al Lord Canciller (*Access to Justice*) sobre la justicia civil en Inglaterra y Gales fue la adopción de la gestión de asuntos, es decir, una transferencia de la responsabilidad por la gestión de los juicios civiles de los litigantes y sus asesores a los tribunales. Marcus (1995, p. 235) arguye que la gestión de asuntos podría verse frustrada en Inglaterra, debido a las diferencias entre su sistema jurídico y el de los Estados Unidos. Sin embargo, con base en las recomendaciones del Informe de Lord Woolf ya citado, en Inglaterra y Gales se ha introducido, a partir de 1999, métodos y técnicas de gestión de asuntos encaminadas a lograr un sistema más cooperativo y menos contradictorio. De acuerdo con las evaluaciones periódicas que se hacen del progreso de las reformas, estos cambios parecen estar teniendo éxito, al hacer más predecible y controlable, por ejemplo, el número de peticiones incidentales presentadas por los abogados. Véanse los informes respectivos en la página Web de la oficina del Lord Canciller (rebautizada *Department of Constitutional Affairs*) en [www.dca.gov.uk].

¹¹⁷⁵ Resnik (1982, p. 391).

¹¹⁷⁶ Scott (1995, pp. 4 y ss.), Resnik (1982, p. 395).

¹¹⁷⁷ Resnik (1982, pp. 377 y 379).

partes a través de sus abogados. El litigio contradictorio no se elimina, pero se somete a control y se desincentiva cuando implica mayores costos que beneficios.¹¹⁷⁸ Por el contrario, en los países de tradición romanista parece haber menos necesidad, y por tanto menos potencial, para la gestión de asuntos. Incluso en los litigios privados, el juez ha ejercido tradicionalmente un control más amplio, sobre todo en la obtención de pruebas. Como se dijo más arriba, dicho juez goza de menos discrecionalidad en la configuración del procedimiento (principio de legalidad) en función de las necesidades locales. Por supuesto, esto no significa que ciertas técnicas de gestión de asuntos no puedan ser introducidas por estos tribunales, tales como la calendarización de audiencias.¹¹⁷⁹

El alcance de las técnicas de gestión de asuntos es muy amplio. Incluye la selección del calendario apropiado,¹¹⁸⁰ y los sistemas de calendarización,¹¹⁸¹ así como las técnicas para promover el arreglo extrajudicial; la in-

1178 Federal Judicial Center (1992, p. 3): “Tomar en serio la gestión como una responsabilidad judicial no significa arrebatar el asunto a los abogados. Lo que significa es que se da dirección a la actividad litigiosa de los abogados, fijando límites y aplicando los medios de control que sean necesarios”.

1179 Un ejemplo de las diferencias en los patrones de productos judiciales que pueden producir las reglas locales puede verse en Miller *et al.* (1971), quienes compararon las consecuencias de las reglas locales aplicables a los procedimientos previos al juicio, los calendarios de operación, la interacción entre los miembros del jurado y otros participantes, el uso de jueces en visita, y las técnicas de archivo en cuatro tribunales de Tejas.

1180 Por ejemplo, “*master calendar*” vs. “*individual calendar*”. Un calendario maestro significa que el turno de los asuntos es controlado centralmente y que los asuntos pueden ser asignados a diferentes jueces en distintas etapas del procedimiento. El calendario individual significa que un juez es responsable de un asunto en particular durante todo el tiempo que se mantenga activo en el tribunal. La eficiencia relativa de ambos sistemas fue motivo de frecuente discusión a fines de los sesenta y principios de los setenta. Una evaluación de ambos tipos de calendario puede verse en Luskin (1988-89).

1181 Una exploración de las ideas y técnicas que puede ofrecer la ciencia de la gestión para el uso óptimo del tiempo y para la calendarización de las etapas procesales puede verse en Nagel (1986) y Nagel *et al.* (1978). Por ejemplo, la *secuenciación óptima* significa que la dilación puede ser reducida por el orden en que son tramitados los asuntos, aunque no haya reducción en el número de demandas, ni aceleración en el tiempo de tramitación, así como tampoco un incremento de horas/juez. Esta técnica, sin embargo, requiere un análisis de predicción estadística para los distintos conjuntos de asuntos en relación con el tiempo consumido. Otro tipo de secuenciación es la de etapas dentro de los asuntos, más que de los asuntos mismos. Nagel *et al.* (1978, p. 132). Obviamente, las técnicas recomendadas por las ciencias de la gestión no siempre pueden ser implementadas si entran en colisión con requisitos procesales y de justicia. Como lo señala atinadamente Ryan (1978, pp. 144 y ss.), la secuenciación óptima “requiere un juicio de valor o

troducción de programas de gestión computarizados, el empleo de funcionarios judiciales auxiliares como los llamados “*special masters*” y “*magistrate judges*”, encargados de preparar y vigilar ciertas etapas procesales y de la resolución de algunas cuestiones menores; el uso de mecanismos procesales tales como las reuniones previas a la audiencia (*trial*), y la conclusión de los asuntos a través de los llamados “minijuicios”, las sentencias sumarias y la RAC. Todas y cada una de las etapas por las que pasa un asunto tienen sus propias técnicas, así como las tienen ciertos tipos de asuntos.¹¹⁸²

Hay dos tipos de críticas que se han enderezado contra la gestión de asuntos. La primera es de tipo más filosófico y sistemático, es decir, que la gestión de asuntos es una amenaza a la imparcialidad del juez, lo que fomenta la erosión de las garantías tradicionales del debido proceso, y que mediante el incremento de las facultades de los jueces, se minan los límites tradicionales al uso de tales facultades.¹¹⁸³

Seducedos por los calendarios bajo control, las estadísticas de asuntos concluidos, y otras trampas de la era de la eficiencia y la alta tecnología, los jueces gerenciales están modificando la naturaleza de su labor... Solamente los jueces deben resolver sin preocuparse de los intereses de públicos determinados. Solamente los jueces están obligados a actuar con deliberación, una tarea constante, lenta, sin prisas.¹¹⁸⁴

Sin duda esta crítica hace referencia a un ideal judicial que tiene escasa, si no nula vigencia en la práctica, pues lo habitual, en casi todos los tribunales del mundo, es que las cargas de trabajo, y las consiguientes presiones organizacionales, impidan a los jueces resolver de la manera deliberada y pausada que esa crítica propone.

La otra línea de crítica pone en duda que la gestión de asuntos sea eficaz en lograr sus propósitos explícitos. Si bien se acepta que ha ganado apoyo entre los jueces, así como de parte de académicos y abogados,¹¹⁸⁵ y aun

preferencia en el sentido de que los asuntos no serán tramitados en el orden en que ingresan en el sistema”. Los asuntos que requieren tiempos de juicio más largos son penalizados y si bien “esta puede ser una práctica deseable desde una filosofía utilitarista”, quizás no lo sea “desde otras perspectivas políticas o filosóficas” (p. 146).

1182 Véase Federal Judicial Center (1992).

1183 Resnik (1982, pp. 424 y ss.).

1184 *Ibidem*, p. 445.

1185 Marcus (1995, pp. 232 y ss.).

cuando se reconocen algunos de sus éxitos,¹¹⁸⁶ se alega todavía que no hay evidencia empírica inequívoca y convincente de que la gestión de asuntos reduzca los costos y la dilación de los asuntos, o de que sea suficiente para prevenir y reducir el rezago.¹¹⁸⁷

B. Gestión encaminada a reducir la dilación

Varios estudios han intentado responder a la pregunta de si la gestión de asuntos contribuye a reducir la dilación, y bajo cuáles condiciones lo logra.

Un estudio patrocinado por el *National Center for State Courts* y la *National Conference of Metropolitan Courts* en los Estados Unidos a fines de los setenta,¹¹⁸⁸ puso a prueba varios tipos de gestión de asuntos en ocho tribunales, a fin de determinar cuáles técnicas eran exitosas, en su caso. Los resultados fueron ambiguos. Se pensó que la razón de la variabilidad en los niveles de éxito pudiera relacionarse con las distintas técnicas aplicadas,¹¹⁸⁹ si bien también se incluyeron las diferencias de entorno, organización y actitudes entre los tribunales.¹¹⁹⁰ Por tanto, el estudio intentó identificar los factores, distintos a las técnicas de gestión, que parecían influir y definir los límites en el éxito de un programa de reducción de la dilación. Los siguientes son los requisitos para un cambio exitoso:¹¹⁹¹

- Compromiso con el cambio y organización de apoyo en su favor.
- Aceptación de la responsabilidad que tiene el tribunal por la celeridad de los asuntos.
- Tiempo suficiente para la implementación.
- Jueces informados y participación de la barra.

¹¹⁸⁶ Resnik (1982, 415 y ss.) acepta que la gestión de casos puede haber contribuido a la reducción de la dilación en los tribunales y también alaba sus logros secundarios, como la gran cantidad de nueva información sobre los tribunales federales que ha producido, ya que la gestión judicial requiere información sobre el procesamiento de asuntos, y el aumento en la responsabilidad de los abogados, ya que éstos tienen que preparar y gestionar los asuntos de sus clientes de modo más rápido y eficiente. Véase también Marcus (1995, p. 233).

¹¹⁸⁷ Marcus (1995, 233 f.) y Resnik (1982, pp. 380, 417 y ss.). Véase también Steelman (1997).

¹¹⁸⁸ Sipes *et al.* (1980).

¹¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 41 y ss. Los informes sobre experimentos y técnicas de gestión judicial en los diversos tribunales son reproducidos en los apéndices.

¹¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 25 y ss.

Otro estudio trató también de identificar los factores que habían contribuido, en grados diversos, a la exitosa introducción de programas de reducción de la dilación en asuntos penales en cuatro tribunales:¹¹⁹²

- Falta de oposición.
- Núcleo de actores locales comprometidos.
- Cambios graduales.
- Coacción y persuasión por parte de los tribunales superiores.
- Mejor comunicación entre las “organizaciones patrocinadoras”.
- Recursos adicionales.
- Compatibilidad con la cultura jurídica local.
- Incentivos para los participantes.

Un estudio que analizó las causas de la dilación en el Tribunal Superior de Los Ángeles —uno de tribunales de primera instancia más grandes y uno de los más afectados por la dilación— y evaluó la efectividad y el costo de diversas estrategias para reducir la dilación, propuso una serie de recomendaciones dirigidas a fortalecer la gestión de asuntos, sobre la base de la evidencia empírica, una evaluación de la situación particular del tribunal y los anteriores esfuerzos de reforma. Las opciones recomendadas, que dan idea del amplio rango de las medidas gerenciales que pueden ser implementadas, fueron las siguientes:

- Continuar la experimentación y la implementación de la gestión activa de los asuntos civiles.
- Experimentar con un sistema de calendario para el equipo de jueces en asuntos civiles.
- Adoptar y hacer cumplir plazos realistas para la resolución de asuntos civiles y para la conclusión de las diversas etapas que atraviesan.
- Reforzar la aplicación de la política judicial de no otorgar diferimientos sin justificación.
- Evaluar las limitaciones recientemente aprobadas al volumen y al tiempo dedicado al procedimiento de exhibición (*discovery*).
- Mantener el programa de arbitraje y vigilar y hacer cumplir plazos tempranos para iniciar y concluir el arbitraje.
- Realizar una reunión de negociación realizada por un abogado imparcial al poco tiempo de iniciado el asunto; luego, no realizar más de

¹¹⁹² Ryan *et al.* (1981, pp. 70 y ss.).

una reunión por asunto, en el plazo de un mes anterior al inicio de la audiencia.

- Experimentar con una fuerte gestión judicial de las audiencias civiles para reducir su duración.
- Experimentar con diferentes plazos ajustados al tipo de asunto civil. Estos deben incluir plazos tanto para la resolución y la conclusión de las distintas actuaciones del asunto, y
- Dar prioridad a la calendarización de las audiencias de asuntos cuya duración se estime menor.

Finalmente, un estudio sobre un tribunal metropolitano mixto de gran tamaño que tenía un serio problema de congestión con más de 70 mil asuntos rezagados mostró que era posible lograr una reducción significativa de la dilación a través de una combinación de técnicas de gestión de asuntos.¹¹⁹³ El tribunal en cuestión implementó tres programas: un proyecto de informe conjunto de situación, que exigía que todos los asuntos pendientes produjeran un informe sobre su estatus, bajo pena de desechamiento; el requisito de un mandamiento de calendarización del asunto al iniciarse; y un sistema de calendario individual, en el que 60% de los asuntos civiles-internos fueron asignados al azar al tribunal civil-doméstico seis meses antes de la audiencia.¹¹⁹⁴ Objetivos claros, control temprano por el tribunal sobre la calendarización de las actuaciones en un asunto, y los informes constantes de vigilancia fueron los principales conceptos que se reconoció que contribuyeron al éxito en el programa de reducción de la dilación.¹¹⁹⁵

¹¹⁹³ Michels (1992; 1995).

¹¹⁹⁴ Michels (1995, p. 73). El tribunal había aplicado previamente varios programas incrementales, tales como la RAC, pero ninguno había aliviado de modo significativo una situación que empeoraba.

¹¹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 82 y ss.

EPÍLOGO: RECAPITULACIÓN

Si ha tenido suficiente paciencia para seguirnos hasta aquí, a través del laberinto de conceptos y estudios empíricos relacionados con la eficiencia judicial, es posible que el lector se haya quedado con la impresión de que no hemos dado respuesta a algunas de las preguntas planteadas al inicio del capítulo introductorio, y de que, en apariencia, no hemos definido todavía una tesis clara que sirva de puente entre los diversos capítulos del estudio. Y quizás esta impresión esté, al mismo tiempo, justificada e injustificada. Por tanto, es conveniente recapitular dos ideas, sencillas pero centrales, que pueden extraerse de lo que se ha dicho hasta ahora.

La primera idea puede formularse de la siguiente manera: la racionalidad económica, esto es, la eficiencia, ha penetrado en los sistemas jurídico y judicial en todos los niveles y dimensiones, desde el nivel de la sociedad en conjunto hasta la operación cotidiana de los tribunales; desde el papel institucional desempeñado por la función judicial en la sociedad hasta el contexto organizacional de las decisiones judiciales.* Esto queda claramente demostrado por el discurso y las expectativas de todos los actores implicados en el campo judicial: jueces y abogados, políticos y funcionarios públicos, académicos y ciudadanos comunes. Quizás algunos no están plenamente conscientes de ello, o posiblemente rechacen la noción de que la eficiencia es un objetivo central en la función judicial. Sin embargo, como sucedía con el famoso personaje de Molière, es un hecho innegable que todos ellos hablan el lenguaje de la racionalidad económica. Dicho en otras palabras: lejos de ser un valor ajeno en relación con el derecho y la función judicial, la eficiencia se ha convertido, sencillamente, en una parte inseparable de la estructura de expectativas que dirigimos hacia el sistema jurídico.

* *Cfr.* la distinción entre “eficiencia institucional” y “eficiencia organizacional” que propone North (1990).

La segunda idea es igualmente simple: la racionalidad económica no es, y no debe ser necesariamente, un valor o interés predominante en el contexto de las decisiones de tipo jurídico. Por el contrario, esta racionalidad está sujeta a toda clase de restricciones que derivan de la tradición jurídica, el entorno económico, incluso el clima social. Su influencia es menos el resultado de su supuesto dominio intrínseco y más el resultado de condiciones y negociaciones locales concretas con otros valores e intereses. Por tanto, su lugar y su relevancia varían enormemente entre los diversos contextos jurídicos.

Recapitulemos ahora, como ilustración de estas dos conclusiones, algunas breves proposiciones sobre el lugar y la relevancia variables de la racionalidad económica en el derecho y la función judicial. Estas proposiciones han sido extraídas y reformuladas a partir de los capítulos anteriores:

- La minimización de la suma de los costos directos y los costos por error en la función judicial no es equivalente a la maximización unilateral de la eficiencia frente a la justicia.
- No es posible determinar la eficiencia judicial sino por comparación con el desempeño del mercado y la legislatura, es decir, que la eficiencia de los tribunales siempre es relativa a la de otras instituciones.
- El modelo económico del litigio judicial no predice plenamente las decisiones de las partes contendientes, así como tampoco es capaz de determinar los factores sociales específicos que permiten explicarlas.
- El proceso para la toma de decisiones jurídicas tiene un valor propio para los participantes que es independiente del valor (eficiencia) que tiene el resultado para éstos. Si el litigio no es justo, los ciudadanos tendrán escaso incentivo para utilizar los tribunales, independientemente de qué tan eficiente pueda ser el resultado. Y si están dispuestos a sacrificar la eficiencia, los costos sociales más elevados que esto genera pueden ser ampliamente compensados por la menor conflictividad social, así como por la mayor legitimidad y aceptación de las decisiones institucionales.
- “Justicia” y “eficiencia” pueden ser definidas la una en términos de la otra si son vistas en el curso del tiempo. Solamente en este sentido limitado puede ser concebida la eficiencia como nuevo ideal de justicia para el sistema jurídico.

- La racionalidad económica es sólo una de las múltiples racionalidades que pueden entrar en colisión dentro del sistema jurídico. Este sistema no será víctima de la pretensión de dominio universal de aquélla en la medida en que sea capaz de “desconstruir” y reconstruir dichas racionalidades en términos de la racionalidad jurídica, es decir, sujetas a un trato igual o desigual, según el caso, a la luz de las prácticas jurídicas pasadas y presentes.
- Aunque hay un mercado (restringido) para la justicia, la justicia no es un mercado. Por tanto, la demanda difícilmente llegará a un estado de equilibrio respecto de la oferta de servicios judiciales. En consecuencia, las ganancias en eficiencia judicial siempre serán temporales.
- La selectividad es una función de la interpretación técnica de las disposiciones jurídicas y del tamaño de los recursos disponibles en relación con el papel institucional que desempeñan los tribunales en un sistema político dado.
- La RAC no es necesariamente más barata ni rápida que el procedimiento judicial ordinario, y es capaz tanto de aumentar como de reducir sus costos. Sin embargo, desempeña, junto con otros mecanismos de filtro, un papel crucial en la regulación de la demanda y la oferta de servicios judiciales.
- La “racionalización jurídica” y la “estabilización sistémica” constituyen la respuesta institucional (eficiente) al fenómeno de los litigios en masa.
- La racionalidad económica en las organizaciones, tales como los tribunales, es alterada por la necesidad organizacional de vincular y coordinar mutuamente las decisiones internas y externas.
- El lugar y la relevancia de los mecanismos de eficiencia en la función judicial, como la negociación de sentencias en la justicia penal en los Estados Unidos, depende de un “ideal judicial” definido por la historia y la tradición jurídicas. La eficiencia puede ser vista como respuesta (problemática) a los intereses y valores que se apartan de ese ideal.
- Los procedimientos nunca serán suficientemente expeditos porque, en tanto sistemas sociales autónomos, crean su tiempo social y ritmo propios y particulares.
- Los tribunales son instituciones sociales que utilizan recursos sociales escasos que tienen usos alternativos. Su función es la de producir un servicio denominado “resolución de controversias”. Por esta sola

razón, la racionalidad económica es relevante para la evaluación de su funcionamiento.

En resumen: bien puede ser que la persecución sin fin de la eficiencia venga a ser, socialmente hablando, mucho menos grandiosa y atractiva que la búsqueda eterna de la justicia, pero es igualmente inevitable. No más pero tampoco menos.

BIBLIOGRAFÍA

ABE, Masaki (1995), “The Internal Control of a Bureaucratic Judiciary: The Case of Japan”, *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 23, pp. 303-312.

ABEL, Richard L. (1973), “A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society”, *Law and Society Review*, vol. 8, núm. 2, invierno, pp. 217-343.

——— (ed.)(1982a), *The Politics of Informal Justice*; vol. 1: *The American Experience*, vol. 2: *Comparative Studies*, Nueva York-Londres-Toronto-Sydney-San Francisco, Academic Press.

——— (1989a), *American Lawyers*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press.

——— (1989b), “Comparative Sociology of Legal Professions”, en ABEL y LEWIS (eds.), pp. 80-153.

——— y PHILIP S. C., Lewis (eds.)(1989), *Lawyers in Society*, III: *Comparative Theories*, Berkeley-Los Ángeles-Londres, University of California Press.

ABEL, Rolf D. (1991), “Organisation der Verwaltungsgerichte und Finanzgerichte. Konzeption und Ergebnisse aus einem Forschungsprojekt im Rahmen der Strukturanalyse der Rechtspflege (SAR) des Bundesministeriums der Justiz”, *Zeitschrift für Rechtssociologie*, Jhg. 12, Heft 2, pp. 210-216.

ABRAHAM, Henry J. (1998), *The Judicial Process. An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, 7a. ed., Nueva York-Oxford, Oxford University Press.

ACKERMANN, Werner y BENOIT, Bastard (1992), “Les jeux organisationnels dans l’activité de justice”, en OST, François y VAN DE KERCHOVE, Michel (eds.), *Le jeu: un paradigme pour le droit*, París, LGDJ, pp. 66-77, collection Droit et Société, 2.

——— (1993a), “Une coopération conflictuelle: les relations entre les barreaux et les tribunaux de grande instance”, *Droit et Société*, núms. 23-24, pp. 59-77.

——— (1993b), *Innovation et gestion dans l'institution judiciaire*, París, LGDJ, Collection Droit et Société, 6.

——— (1996), “The Diffusion of Innovation in the Judicial System”, en WARGLIEN y MASUCH (eds.), pp. 73-88.

ADAMS, Michael (1981), *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, mit einem Geleitwort von C.C. von Weizsäcker, Königstein/Ts, Athenäum Verlag (Justiz und Gesellschaft, Bd. 15).

ADAMS, Guy B. y HILL INGERSOLL, Virginia (1990), “Painting Over Old Works: The Culture of Organization in an Age of Technical Rationality”, en TURNER (ed.), pp. 15-31.

AMADEO MURGA, Antonio J. (1993), “La justicia apelativa en Puerto Rico: una crisis crónica”, *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, vol. 54, núm. 2, abril-junio, pp. 1-86.

APPELBAUM, Richard P., FELSTINER, William L. F. y GESSNER, Volkmar (eds.) (2001), *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Oxford-Portland, Hart Publishing (Oñati International Series in Law and Society).

ARGUEDAS SALAZAR, Olman (1993), “La reforma procesal en Costa Rica”, en VARIOS AUTORES, pp. 133-181.

ARMSTRONG, Nick (1995), “Making Tracks”, en ZUCKERMAN y CRANSTON (eds.), pp. 97-118.

ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, María José (1996), *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE.

ARTS, Wil y VAN DER VEEN, Romke (1992), “Sociological Approaches to Distributive and Procedural Justice”, en SCHERER, Klaus R. (ed.), *Justice. Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 143-176.

ASHENFELTER, Orley, EISENBERG, Theodore y SCHWAB, Stewart J. (1995), “Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes”, *Journal of Legal Studies*, vol. XXIV, junio, pp. 257-281.

ATKINS, Burton M. (1990), “Communication of Appellate Decisions: A Multivariate Model for Understanding the Selection of Cases for Publication”, *Law and Society Review*, vol. 24, núm. 5, pp. 1170-1196.

AUMÜLLER, Thomas y STREMPEL, Dieter (eds.) (1996), *Strukturelle Veränderungen in der Justiz. Bericht der Arbeitsgruppe der Landes-*

justizverwaltungen, Köln, Bundesanzeiger (Beiträge zur Strukturaanalyse der Rechtspflege).

BALDWIN, John y CUNNINGTON, Ralph (2004), “The Crisis in Enforcement of Civil Judgments in England and Wales”, *Public Law*, verano, pp. 305-328.

BALLÉ, Catherine (1979), “Le Tribunal de Grande Instance. Une approche organisationnelle”, en CNRS (ed.), *Connaissance et fonctionnement de la justice pénale: perspectives sociologiques et criminologiques*, París, CNRS, pp. 126-143.

——— *et al.* (1981), *Le changement dans l'institution judiciaire. Les nouvelles juridictions de la périphérie Parisienne*, París, La Documentation Française.

Banco Interamericano de Desarrollo (ed.) (1993), *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, D. C., BID.

BARCLAY, Scott (1997), “Posner’s Economic Model and the Decision to Appeal”, *Justice System Journal*, vol. 19, núm. 1, pp. 77-99.

BARZEL, Yoram (1989), *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

BAUER, Volker, BLANKENBURG, Erhard y TREIBER, Hubert (red.) (1983), *Arbeitsplatz Gericht. Modellversuch zur Humanisierung der Gerichtsorganisation*, Frankfurt-Nueva York, Campus Verlag.

BAYLES, Michael D. (1990), *Procedural Justice. Allocating to Individuals*, Dordrecht-Boston-Londres, Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library).

BEA PÉREZ, Emilia *et al.* (1988), “El asociacionismo judicial en España, hoy: notas para un trabajo de sociología de los jueces”, *Sociología del diritto*, vol. XV, núm. 2, pp. 89-103.

BECKER, Gary (1986), “The Economic Approach to Human Behavior”, en ELSTER, Jon (ed.), *Rational Choice*, Nueva York, Nueva York University Press, pp. 108-122 (*Readings in Social and Political Theory*, publicado anteriormente en BECKER, Gary (1976), *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, Chicago University Press).

BECKMAN, Svante (1990), “Professionalization: Borderline Authority and Autonomy in Work”, en BURRAGE, Michael y TORSTENDAHIL, Rolf (eds.), *Professions in Theory and History. Rethinking the Study of Professions*, Londres-Newbury Park-New Delhi, SAGE Publications, pp. 114-138.

BENDER, Rolf (ed.)(1972), *Tatsachenforschung in der Justiz. Einführung in die Methoden*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

——— (1979), “The Stuttgart Model”, en CAPPELLETTI, Mauro (ed.), *Access to Justice*, Milán-Aalphen aan den Rijn, Giuffrè-Sijthoff and Noordhoff, vol. II, libro 2, pp. 431-475.

——— y WAX, Peter (1972), “Organisation und Verfahrensweise der 19 Oberlandesgerichte. Leitstudie zum Versuch einer Quantifizierung von Leistungskriterien und zur vergleichenden Analyse von Gerichten”, en BENDER (ed.), pp. 179-195.

——— y SCHUMACHER, Rolf (1980), *Erfolgsbarrieren vor Gericht. Eine empirische Studie zur Chancengleichheit im Zivilprozeß des Instituts für Rechtstatsachenforschung Stuttgart e.V.*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

BENSON, Bruce L. (1990), *The Enterprise of Law. Justice Without the State*, San Francisco, Pacific Research Institute for Public Policy.

BERGOGLIO, María Inés (2001), *Litigar en Córdoba. Investigaciones sociológicas sobre la litigación*, Córdoba, Argentina, Triunfar.

BERMAN, Harold J. (1983), *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Londres, Harvard University Press (hay trad. española: *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996).

BERNARD, Claude (1996), *La justice*, París, Le Monde-Éditions-Marabout.

BINDER, Alberto M. (1993), “Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica”, en VARIOS AUTORES, pp. 67-95.

BLACK, Donald (1973), “The Mobilization of Law”, *Journal of Legal Studies*, vol. II, pp. 125-149.

——— (1989), *Sociological Justice*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press.

BLANKENBURG, Erhard (1980), “Mobilisierung von Recht. Über die Wahrscheinlichkeit des Gangs zum Gericht, die Chance des Erfolgs und die daraus folgenden Funktionen der Justiz”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 1, Heft 1, pp. 33-64.

——— (1981-82), “Legal Insurance, Litigant Decisions, and the Rising Caseloads of Courts: A West German Study”, *Law and Society Review*, vol. 16, núm. 4, pp. 601-624.

——— (1982), “Die Justiz als Arbeitsorganisation”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 3, Heft 1, pp. 158-162.

——— (ed.) (1989a), *Prozeßflut? Studien zur Prozesstätigkeit europäischer Gerichte in historischen Zeitreihen und im Rechtsvergleich*, Köln, Bundesanzeiger.

——— (1989b), “Prozeßflut und Prozeßebbe-Über die Fähigkeit der Gerichte, mit Rechtsstreitigkeiten fertig zu werden”, en BLANKENBURG (ed.) (1989a), pp. 9-20.

——— (1992), “Legal Cultures and Litigation Flows Before European Courts in Historical and Comparative Perspective”, *Justice System Journal*, vol. 16, núm. 1, pp. 101-110.

——— (1994a), “La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours à la justice”, *Droit et Société*, núm. 28, pp. 691-703.

——— (1994b), “The Infrastructure for Avoiding Civil Litigation: Comparing Cultures of Legal Behavior in The Netherlands and West Germany”, *Law and Society Review*, vol. 28, núm. 4, pp. 789-808.

——— (1998), “Unsinn und Sinn des Annahmeverfahrens bei Verfassungsbeschwerden”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 19, Heft 1, pp. 37-60.

——— y WOLFF, Heimfrid (1972), “Das Gericht als professionalisierte Organisation”, en BENDER (ed.), pp. 223-230.

——— , GOTTWALD, Walther y STREMPTEL, Dieter (eds.) (1982), *Alternativen in der Ziviljustiz. Berichte, Analysen, Perspektiven*, Köln, Bundesanzeiger (Rechtstatsachenforschung, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz).

——— y VOIGT, Rüdiger (eds.) (1987a), *Implementation von Gerichtsentscheidungen*, Opladen, Westdeutscher Verlag (Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie, 11).

——— (1987b), “Implementation von Gerichtsentscheidungen”, en BLANKENBURG y VOIGT (eds.), pp. 10-22.

———, LEIPOLD, Dieter y WOLLSCHLÄGER, Christian (eds.) (1991), *Neue Methoden im Zivilverfahren. Summarischer Rechtsschutz und Bagatellverfahren*, Köln, Bundesanzeiger (Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege).

——— y LEIPOLD, Dieter (1991), “Summarischer Rechtsschutz als Alternative zum Normalverfahren?”, en BLANKENBURG, LEIPOLD y WOLLSCHLÄGER (eds.), pp. 109-123.

BÖHM, Ellen (1992), "Evaluation des Gesetzes zur Beschleunigung und Vereinfachung gerichtlicher Verfahren mit der Survival Analyse", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 13, Heft 1, pp. 131-140.

BORUCKA-ARCTOWA, M. (1989), "Causes et origines des problemes actuels de surcharge: aperçu sociologique", en WEDEKIND (ed.), pp. 45-66.

BOYUM, Keith O. y MATHER, Lynn (eds.) (1983), *Empirical Theories About Courts*, Nueva York-Londres, Longman.

_____ y HUDZIK, John K. (1991), "Overview from the Editors of the Special Issue", *Justice System Journal*, vol. 15, núm. 2, pp. 550-562 (número especial sobre "Court Management").

BOZA, María Eugenia y PÉREZ PERDOMO, Rogelio (eds.) (1996), *Seguridad jurídica y competitividad*, Caracas, IESA.

BRIDGES, George S. (1982), "The Speedy Trial Act of 1974: Effects on Delay in Federal Criminal Litigation", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, núm. 1, primavera, pp. 50-73.

BRIGHAM, John (1993), "Order Without Lawyers: Ellickson on How Neighbors Settle Disputes", *Law and Society Review*, vol. 27, núm. 3, pp. 609-617.

BUDAK, Ali Cem (1998), "Cross-border Debt Collection: Examples of Turkey and Germany", en GESSNER y BUDAK (eds.), pp. 17-53.

BUMILLER, Kristin (1980-81), "Choice of Forum in Diversity Cases: Analysis of a Survey and Implications for Reform", *Law and Society Review*, vol. 15, núms. 3-4, pp. 749-774.

BURGOS, José Germán (1992), "La justicia colombiana: en la hora del ajuste", *El Otro Derecho*, Bogotá, vol. 4, núm. 2, julio, pp. 61-89.

BUSCAGLIA, Edgardo y DAKOLIAS, María (1996), *Judicial Reform in Latin American Courts: The Experience in Argentina and Ecuador*, Washington D. C., The World Bank (World Bank Technical Paper 350).

_____ (1999), *Comparative International Study of Court Performance Indicators. A Descriptive and Analytical Account*, Washington, D. C., The World Bank.

BUSH, Robert A. Baruch (1989), "Defining Quality in Dispute Resolution: Taxonomies and Anti-Taxonomies of Quality Arguments", *Denver University Law Review*, vol. 66, núm. 3, pp. 335-380 (Quality of Dispute Resolution Symposium Issue).

BUSSMANN, Kai-D. y LÜDEMANN, Christian (1995), *Klassenjustiz oder Verfahrensökonomie? Aushandlungsprozesse in Wirtschafts- und allgemeinen Strafverfahren*, Pfaffenweiler, Centaurus-Verlagsellschaft.

CALABRESI, Guido (1980), "About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin", *Hofstra Law Review*, vol. 8, pp. 553-562.

——— (1990), "Il futuro dell'analisi economica del diritto", en POCAR y VELICOGLA (eds.), pp. 46-54.

——— (1991), "The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further", *Yale Law Journal*, vol. 100, pp. 1211-1237.

CALÁS, Marta B. y MCGUIRE, Jean B. (1990), "Organizations as Networks of Power and Symbolism", en TURNER (ed.), pp. 95-113.

CALSAMIGLIA, Albert (1988), "Justicia, eficiencia y derecho", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 1, septiembre-diciembre, pp. 305-335.

——— (1993), "Justicia, eficiencia y optimización de la legislación", *Racionalidad y eficiencia del derecho*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 24, pp. 27-72.

CANON, Bradley C. y JOHNSON, Charles A. (1999), *Judicial Policies. Implementation and Impact*, 2a. ed., Washington D. C., CQ Press.

CANOSA, Romano y FEDERICO, Pietro (1974), *La magistratura in Italia del 1945 a oggi*, Bologna, Il Mulinum.

CAPPELLER, Wanda de Lemos (1991), "Entre o ceticismo e a utopia: a sociologia jurídica latino-americana frente ao debate europeu", en CORREAS (ed.), pp. 75-90.

CAPPELLETTI, Mauro (1989), *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press.

——— (1993), *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*, México, Porrúa.

CARP, Robert A. y STIDHAM, Ronald (1993), *Judicial Process in America*, Washington D. C., CQ Press.

CARRINGTON, Paul D. (1979), "Adjudication as a Private Good: A Comment", *Journal of Legal Studies*, vol. VIII, núm. 2, marzo, pp. 303-317.

CASTELLANO, Cesare *et al.* (1970), *La efficienza della giustizia italiana e i suoi effetti economico-sociali*, seconda edizione riveduti e ampliata, prefazione di Giovanni Demaria, Bari, Editori Laterza.

CELLA, Gian Primo (1990), “Comportamento economico e razionalità sociale”, *Sociologia del Diritto*, vol. XVII, núms. 1-2, pp. 77-87.

CHIASSONI, Pierluigi (1992), *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Turín, G. Giappichelli Editore.

CHUNG, Wai-Keung y HAMILTON, Gary G. (2001), “Social Logic as Business Logic: *Guanxi*, Trustworthiness, and the Embeddedness of Chinese Business Practices”, en APPELBAUM, FELSTINER y GESSNER (eds.), pp. 325-346.

CHURCH, Jr., Thomas W. (1981), “Who Sets the Pace of Litigation in Urban Trial Courts”, *Judicature*, vol. 65, núm. 2, agosto, pp. 76-85.

____ (1985), “Examining Local Legal Culture”, *American Bar Foundation Research Journal*, núm. 3, verano, pp. 449-518.

____ et al. (1978), *Justice Delayed. The Pace of Litigation in Urban Trial Courts*, Williamsburg, Va., National Center for State Courts.

____ y HEUMANN, Milton (1992), *Speedy Disposition. Monetary Incentives and Policy Reform in Criminal Courts*, Nueva York, State University of New York Press.

CIDAC (1994), *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, México, CIDAC-Cal y Arena.

CISA, Agustín (1991), “El cambio en organizaciones complejas: el caso de la modificación del proceso civil uruguayo”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, año XXXII, núms. 1-2, enero-junio, pp. 183-194.

CLARK, David S. (1981), “Adjudication to Administration: A Statistical Analysis of Federal District Courts in the Twentieth Century”, *Southern California Law Review*, vol. 55, núm. 1, noviembre, pp. 65-152.

____ (1990), “Civil Litigation Trends in Europe and Latin America since 1945: The Advantage of Intracountry Comparisons”, *Law and Society Review*, vol. 24, núm. 2, pp. 549-569.

CLEGG, Stewart R. (1990), *Modern Organizations. Organization Studies in the Postmodern World*, Londres-Newbury Park-Nueva Delhi, SAGE Publications.

COASE, Ronald H. (1978), “Economics and Contiguous Disciplines”, *Journal of Legal Studies*, vol. VII, pp. 201-211.

____ (1988), *The Firm, the Market and the Law*, Chicago-Londres, University of Chicago Press.

COLEMAN, Jules L. (1980), "Efficiency, Utility, and Wealth Maximization", *Hofstra Law Review*, vol. 8, pp. 509-551.

COMMALLE, Jacques (1990), "Territoire judiciaire, territoire social: pour une théorie sociologique de la justice", en ARNAUD, André-Jean (ed.), *Sociology of Law. Splashes and Sparks*, Oñati, International Institute for the Sociology of Law, pp. 91-100 (Oñati Proceedings, 2).

——— (1999), "La déstabilisation des territoires de justice", *Droit et Société*, núms. 42-43, pp. 239-264.

——— y PERRIN, Jean-François (1985), "Le modèle de Janus de la sociologie du droit", *Droit et Société*, núm. 1, pp. 95-110.

CONCHA CANTÚ, Hugo A. y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio (2001), *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México*, México, UNAM-National Center for State Courts.

——— et al. (2004), *Cultura de la Constitución. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, 1a. reimpr., México, UNAM-TEPJF-COFEMER.

CONDIE, Brendan et al. (1996a), *Client Services in Local Courts. Standards and Benchmarks*, Wollongong, Centre for Court Policy and Administration.

——— (1996b), *Client Services in the Local Courts. The Review Process*, Wollongong, Centre for Court Policy and Administration.

Consejo General del Poder Judicial (1997), *Libro blanco de la justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

COOK, Beverly B. (1994), "A Critique of the Supreme Court's 1982 Agenda: Alternatives to the NYU Legal Model", *Justice System Journal*, vol. 17, núm. 2, pp. 135-151.

COOTER, Robert D. (1989), "The Coase Theorem", en EATWELL, John et al. (eds.), *Allocation, Information, and Markets*, Nueva York-Londres, W.W. Norton, pp. 64-70 (The New Palgrave, 1987).

——— (1995), "Law and Unified Social Theory", *Journal of Law and Society*, vol. 22, núm. 1, marzo, pp. 50-67.

——— y ULEN, Thomas (1988), *Law and Economics*, Nueva York, Harper Collins (3a. ed., 2000; hay trad. al español de la 2a. ed.: *Decho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998).

——— y RUBINFELD, Daniel L. (1990), "Trial Courts: An Economic Perspective", *Law and Society Review*, vol. 24, núm. 2, pp. 533-546.

CORDERO, Franco (1985), *Riti e sapienza del diritto*, Roma, Laterza.

CORREA SUTIL, Jorge (ed.) (1993), *Situación y políticas judiciales en América Latina*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, Cuadernos de Análisis Jurídico-Serie Publicaciones especiales.

CORREAS, Óscar (ed.) (1991), *Sociología jurídica en América Latina*, Oñati, International Institute for the Sociology of Law (Oñati Proceedings, 6).

COSACOV BELAUS, Gustavo *et al.* (1983), *Duración del proceso penal en México*, México, INACIPE, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, 12.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón (1996), *Jurisdicción federal y carrera judicial en México*, México, UNAM, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, 4.

——— (1997), *Derecho y análisis económico*, México, ITAM-Fondo de Cultura Económica.

COTTERRELL, Roger (1995), *Law's Community. Legal Theory in Socio-logical Perspective*, Oxford, Clarendon Press (Oxford Socio-Legal Studies).

CROZIER, Michel (1985), *Le phénomène bureaucratique. Essai sur les tendances bureaucratiques des systèmes d'organisation modernes et sur leur relations en France avec le système social et culturel* (1963), París, Éditions du Seuil.

CURRIE, David P. (1990), *Federal Jurisdiction in a Nutshell*, 3a. ed., St. Paul, West Publishing Co.

DAHLIN, Donald C. (1986), *Models of Court Management*, Millwood, Nueva York-Londres, Associated Faculty Press.

DAKOLIAS, Maria (1996), *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*, Washington, D. C., The World Bank (World Bank Technical Paper, 319).

——— (1999), *Court Performance around the World. A Comparative Perspective*, Washington, D. C., The World Bank (World Bank Technical Paper, 430).

DAMAŠKA, Mirjan R. (1973), “Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 121, pp. 506-589.

——— (1986), *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven-Londres, Yale University Press.

DAVIES, Celia (1983), “Professionals in Bureaucracies: The Conflict Thesis Revisited”, en DINGWALL, Robert y LEWIS, Philip (eds.), *The Sociology of Professions. Lawyers, Doctors and Others*, Basingstoke-Londres, The MacMillan Press (reimpresión 1992), pp. 177-194.

DEAKIN, Simon (1996), “Law and Economics”, en THOMAS, Philip A. (ed.), *Legal Frontiers*, Aldershot, Dartmouth, pp. 66-105.

DE GEEST, Gerrit (1995), “Toward an Integration of Economic and Sociological Approaches”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 2, núm. 4, diciembre, pp. 301-308.

DENTI, Vittorio (1986), “Riflessioni sulla crisi della giustizia civile”, *Sociologia del Diritto*, vol. XIII, núms. 2-3, pp. 59-79.

DERSHOWITZ, Alan M. (1996), *Reasonable Doubts: The O. J. Simpson Case and the Criminal Justice System*, Nueva York, Simon and Schuster.

DEVILLE, Anne (1992), “L’entrée du Syndicat de la Magistrature dans le champ juridique en 1968”, *Droit et Société*, núm. 22, pp. 639-671.

DI FEDERICO, Giuseppe (1968), *La giustizia come organizzazione: Il reclutamento di magistrati*, prefazione di Gino Martinoli, Bari, Laterza, Biblioteca di Cultura Moderna, 641.

——— (1969), *La giustizia come organizzazione: La Corte di Cassazione*, prefazione di Gino Martinoli, contributi di Giorgio Freddi e Renato Borruso, Bari, Laterza, Biblioteca di cultura moderna, 674.

DIXON, Jo (1995), “The Organizational Context of Criminal Sentencing”, *American Journal of Sociology*, vol. 100, núm. 5, marzo, pp. 1157-1198.

DOMINGO VILLEGAS, Pilar (1995), *Rule of Law and Judicial Systems in the Context of Democratisation and Economic Liberalisation: A Framework for ComParison and Analysis in Latin America*, México, CIDE, División de Estudios Políticos, Working Paper 25.

DONOHUE III, John J. (1988), “Law and Economics: The Road Not Taken”, *Law and Society Review*, vol. 22, núm. 5, pp. 903-926.

DOUGLAS, Roger (1994), “Social Class and Court Outcomes: Making Sense of the Empirical Literature”, *Law in Context*, Melbourne, vol. 12, núm. 1, pp. 97-128.

DUCE, Mauricio (2004), “La reforma procesal chilena: gestación y estado de avance de un proceso de transformación en marcha”, en PÁSARA (comp.), pp. 195-248.

DUNGWORTH, Terence y PACE, Nicholas (1990), *Statistical Overview of Civil Litigation in the Federal Courts*, Santa Monica, RAND (The Institute for Civil Justice)(R-3885-ICJ).

DWORKIN, Ronald M. (1980a), “Is Wealth a Value?”, *Journal of Legal Studies*, vol. VIII, pp. 191-226.

——— (1980b), “Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner”, *Hofstra Law Review*, vol. 8, pp. 563-590.

EDELMAN, Lauren B. (2004), “Rivers of Law and Contested Terrain: A Law and Society Approach to Economic Rationality”, *Law and Society Review*, vol. 38, núm. 2, pp. 181-197.

——— y CAHILL, Mia (1998), “How Law Matters in Disputing and Dispute Processing (Or, the Contingency of Legal Matter in Informal Dispute Processes)”, en GARTH, Bryant y SARAT, Austin (eds.), *How Does Law Matter?*, Evanston, Northwestern University Press-ABF, Fundamental Issues in Law and Society Research, 3, pp. 15-44.

EDER, Klaus (1986), “Prozedurale Rationalität. Moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalisierung”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 7, Heft 1, pp. 1-30.

EGGERTSSON, Thráinn (1990), *Economic Behavior and Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press.

EISENBERG, Theodore (1990), “Testing the Selection Effect: A New Theoretical Framework with Empirical Tests”, *Journal of Legal Studies*, vol. XIX, núm. 2, Part 1, junio, pp. 337-358.

EISENSTEIN, James y JACOB, Herbert (1977), *Felony Justice. An Organizational Analysis of Criminal Courts*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company.

ELDER, Harold W. (1989), “Trials and Settlements in the Criminal Courts: An Empirical Analysis of Dispositions and Sentencing”, *Journal of Legal Studies*, vol. XVIII, núm. 1, enero, pp. 191-208.

ELLIICKSON, Robert C. (1991), *Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Londres, Harvard University Press.

EMMELMAN, Debra S. (1996), "Trial by Plea Bargain: Case Settlement as a Product of Recursive Decisionmaking", *Law and Society Review*, vol. 30, núm. 2, pp. 335-360.

EMSELLEM, Denise (1982), *Pratique et organisation dans l'institution judiciaire*, París, La Documentation Française.

ESTREICHER, Samuel y SEXTON, John (1986), *Redefining the Supreme Court's Role. A Theory of Managing the Federal Judicial Process*, New Haven-Londres, Yale University Press.

ETZIONI, Amitai (2000), "Social Norms: Internalization, Persuasion, and History", *Law and Society Review*, vol. 34, núm. 1, pp. 157-178.

FALKE, Josef y GESSNER, Volkmar (1982), "Konfliktnähe als Maßstab für gerichtliche und außergerichtliche Streitbehandlung", en BLANKENBURG, GOTZWALD y STREMPPEL (eds.), pp. 289-315.

FARBER, Henry S. y WHITE, Michelle J. (1994), "A Comparison of Formal and Informal Dispute Resolution in Medical Malpractice", *Journal of Legal Studies*, vol. XXIII, núm. 2, junio, pp. 777-805.

FARIA, José Eduardo (1992), *Justiça e conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*, 2a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

——— (1996), "A crise do Poder Judiciário no Brasil", *Justiça e democracia. Revista semestral de informação e debates*, São Paulo, núm. 1, pp. 18-64.

FAUGERON, Claude (1981), "Justice et opinion publique. L'ère du soupçon", *Pouvoirs*, núm. 16, pp. 89-96 (*La justice*).

Federal Judicial Center (1992), *Manual for Litigation Management and Cost and Delay Reduction*, Washington, D. C., Federal Judicial Center.

Feeley, Malcolm M. (1973), "Two Models of the Criminal Justice System: An Organizational Perspective", *Law and Society Review*, vol. 7, núm. 3, primavera, pp. 407-425.

——— (1979), *The Process is the Punishment. Handling Cases in a Lower Criminal Court*, Nueva York, Russell Sage Foundation.

——— (1983), *Court Reform on Trial. Why Simple Solutions Fail*, Nueva York, Basic Books.

——— y LAZERSON, Mark H. (1983), "Police Prosecutor Relationships: An Interorganizational Perspective", en BOYUM y MATHER (eds.), pp. 216-243.

— y RUBIN, Edward L. (2000), *Judicial Policy Making and the Modern State. How the Courts Reformed America's Prisons*, Cambridge, Cambridge University Press.

FELSTINER, William L.F. et al. (1980-81), “The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaiming, Claiming...”, *Law and Society Review*, vol. 15, núms. 3-4, pp. 631-654.

FERRARESE, Maria Rosaria (1984), *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane.

— (1988-89), “Civil Justice and the Judicial Role in Italy”, *Justice System Journal*, vol. 13, núm. 2, pp. 168-185.

— (1995), “Istituzioni normative ed evoluzione economica: D.C. North sociologo del diritto?”, *Sociologia del diritto*, vol. XXII, núm. 3, pp. 19-40.

— (2000), *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulinum.

FERRARI, Vincenzo (1990a), *Developing Sociology of Law. A World-Wide Documentary Enquiry*, Milán, Giuffrè.

— (1990b), “Introduction” a Ferrari (ed.) (1990a), xv-li.

— (ed.) (1991), *Laws and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna (May 30-June 3, 1988). Panels and Sessions*, Milán, Giuffrè.

FIELD, Stewart y THOMAS, Philip (eds.)(1994), *Justice and Efficiency? The Royal Commission on Criminal Justice*, Oxford, Blackwell (publicado simultáneamente como vol. 21, núm. 1, *Journal of Law and Society*).

FISS, Owen M. (1984), “Against Settlement”, *Yale Law Journal*, vol. 93, pp. 1073-1090.

FIX-FIERRO, Héctor (1995a), *La eficiencia de la justicia (Una aproximación y una propuesta)*, México, UNAM, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, 1.

— (1995b), “Los Consejos de la Judicatura entre profesión y organización”, *Coloquio internacional sobre el Consejo de la Judicatura*, México, Consejo de la Judicatura Federal-UNAM, pp. 71-89.

— (1997), “La carrera judicial como forma de administración y organización del estatuto profesional de los jueces”, *Memorias del*

Quinto Aniversario del XXII Circuito del Poder Judicial de la Federación, México, CJF, pp. 245-262.

——— (1998), “Judicial Reform and the Supreme Court of Mexico: The Trajectory of Three Years”, *United States-Mexico Law Journal*, vol. 6, primavera, pp. 1-21.

——— (2001), “El futuro del amparo judicial”, *Bien Común y Gobierno*, México, año 7, núm. 81, septiembre, pp. 5-16.

——— y LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio (1997), “The Impact of Globalization on the Reform of the State and the Law in Latin America”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, primavera, pp. 785-805.

——— et al. (eds.) (2003), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM.

FIX-ZAMUDIO, Héctor (1997), “Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura”, *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM-Senado de la República (LVI Legislatura), pp. 139-187.

——— y FIX-FIERRO, Héctor (1996), *El Consejo de la Judicatura*, México, UNAM, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, 3.

FLANDERS, Steven (1980), “Modeling Court Delay”, *Law and Policy Quarterly*, vol. 2, núm. 3, julio, pp. 305-320.

FLANGO, Victor E. (1994), “Court Unification and Quality of State Courts”, *Justice System Journal*, vol. 16, núm. 3, pp. 33-55.

——— y ROTTMAN, David B. (1992), “Measuring Trial Court Consolidation”, *Justice System Journal*, vol. 16, núm. 1, pp. 65-74.

FLEMMING, Roy B. (1990), “The Political Styles and Organizational Strategies of American Prosecutors: Examples from Nine Courthouse Communities”, *Law and Policy*, vol. 12, núm. 1, enero, pp. 25-50.

——— et al. (1987), “The Timing of Justice in Felony Trial Courts”, *Law and Policy*, vol. 9, núm. 2, abril, pp. 179-206.

——— (1992), *The Craft of Justice. Politics and Work in Criminal Court Communities*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.

FORTE, Francesco y BONDONIO, Pier Vincenzo (1970), *Costi e benefici della giustizia italiana. Analisi economica della spessa pubblica per la giustizia*, Bari, Laterza, Biblioteca di cultura moderna, 694.

FRANK, Jürgen (1986), “Die «Rationalität» einer ökonomischen Analyse des Rechts”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 7, Heft 2, pp. 191-211.

FREYHOLD, Hanno von (1996), “Cross-Border Legal Interactions in Nueva York Courts”, en GEßNER (ed.), pp. 43-148.

——— *et al.* (1996), “The Role of Courts in Global Legal Interaction”, en GEßNER (ed.), pp. 269-281.

FRIED, Jonathan T. (1995), “Improving the Administration of Justice in the Americas. Protection and Guarantees for Judges and Lawyers in the Exercise of Their Functions”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 22, julio-diciembre, pp. 65-171.

FRIEDMAN, Lawrence M. (1975), *The Legal System. A Social Science Perspective*, Nueva York, Russell Sage Foundation.

——— (1984), *American Law. An Introduction*, Nueva York-Londres, W.W. Norton and Company.

——— (1985), *Total Justice*, Nueva York, Russell Sage Foundation.

——— (1990), “Opening the Time Capsule: A Progress Report on Studies of Courts Over Time”, *Law and Society Review*, vol. 24, núm. 2, pp. 229-240.

FRIESEN, Jr. *et al.* (1971), *Managing the Courts*, Indianapolis-Nueva York, Bobbs-Merrill.

FUENTES HERNÁNDEZ, Alfredo (2004), “La reforma en Colombia: tendencias recientes 1991-2003”, en PÁSARA (comp.), pp. 141-194.

GALANTER, Marc (1974), “Why the «Haves» Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, *Law and Society Review*, vol. 9, núm. 1, otoño, pp. 95-160.

——— (1980), “Legality and its Discontents: A Preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization”, en BLANKENBURG, Erhard *et al.* (eds.) (1980), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*; Opladen, Westdeutscher Verlag, *Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, 6, pp. 11-27.

——— (1981), “Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 19, pp. 1-17.

——— (1983a), “Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don’t Know (and Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society”, *UCLA Law Review*, vol. 31, núm. 1, octubre, pp. 4-71.

——— (1983b), “The Radiating Effects of Courts”, en BOYUM y MATHER (eds.), pp. 117-142.

——— (1988), “The Life and Times of the Big Six: Or, the Federal Courts since the Good Old Days”, *Wisconsin Law Review*, vol. 6, pp. 921-954.

——— (1990), “Case Congregations and their Careers”, *Law and Society Review*, vol. 24, núm. 2, pp. 371-395.

GARANT, Patrice (1994), “La crise de la justice: Épidermique ou profonde?”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 14, pp. 255-268.

GARAPON, Antoine (1985), *L'ane portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, prefacio de Jean Carbonnier, París, Le Centurion.

——— (1996), *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, prefacio de Paul Ricoeur, París, Éditions Odile Jacob (hay trad. española: *Juez y democracia. Una reflexión muy actual*, trad. de Manuel Escrivá de Romaní y pról. de José Juan Toharia, s.l., Ediciones Flor del Viento, 1997).

——— (1997), *Bien juzgar. Essai sur le rituel judiciaire*, prefacio de Jean Carbonnier, París, Éditions Odile Jacob.

GARCÍA COTARELO, Ramón (1986), *Del Estado del bienestar al Estado del malestar (La crisis del Estado social y el problema de la legitimidad)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

GARCÍA PASCUAL, Cristina (1997), *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, Valencia, Edicions Alfons El Magnanim-Generalitat Valenciana, Estudios universitarios, 66.

GARCÍA PELAYO, Manuel (1991), “Burocracia, tecnocracia y otros escritos”, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, vol. II, pp. 1385-1546.

GATOWSKI, Sophia I. et al. (1996), “Court-annexed Arbitration in Clark County, Nevada: An Evaluation of Its Impact on the Pace, Cost, and Quality of Civil Justice”, *Justice System Journal*, vol. 18, núm. 3, pp. 287-304.

GENN, Hazel, with National Centre for Social Research (1999), *Paths to Justice. What People Do and Think About Going to Law*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing.

GEPHART, Werner (1995), “Gesellschaftstheorie und ökonomische Analyse des Rechts”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 16, Heft 1, pp. 156-169.

GESSNER, Volkmar (1976), *Recht und Konflikt. Eine soziologische Untersuchung privatrechlicher Konflikte in Mexiko*; Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) (hay trad. española: *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, trad. de Renate Mar-siske, México, UNAM, 1984).

——— (1994), “Global Legal Interaction and Legal Cultures”, *Ratio Iuris*, vol. 7, núm. 2, julio, pp. 132-145.

——— (ed.)(1996a), *Foreign Courts. Civil Litigation in Foreign Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth (Oñati International Series in Law and Society).

——— (1996b), “International Cases in German First Instance Courts”, en GESSNER (ed.), pp. 149-207.

——— y CEM BUDAK, Ali (eds.) (1998), *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of the Law*, Aldershot, Dartmouth (Oñati International Series in Law and Society).

——— y THOMAS, John (eds.) (1988), *Socio-Legal Research and Policy Studies*, número especial de *Law and Policy*, vol. 10, núms. 2-3, abril-julio.

GIBSON, James L. et al. (1998), “On the Legitimacy of National High Courts”, *American Political Science Review*, vol. 92, núm. 2, junio, pp. 343-358.

GILLES, Peter (1992), *Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik. Vorsstudie zur Analyse und Reform der Rechtsmittel in der Zivilgerichtsbarkeit*, Köln, Bundesanzeiger (Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege).

GILLESPIE, Robert W. (1976), “The Production of Court Services: An Analysis of Scale Effects and Other Factors”, *Journal of Legal Studies*, vol. V, núm. 2, junio, pp. 243-265.

GLENN, H. Patrick (1995), “The Common Law in Canada”, *Canadian Bar Review*, vol. 74, junio, pp. 261-292.

GOLDFARB, Ronald L. (1998), *TV Or Not TV. Television, Justice, and the Courts*, Nueva York-Londres, Nueva York University Press.

GOODMAN, Carl F. (2001), “The Somewhat Less Reluctant Litigant: Japan’s Changing View Towards Civil Litigation”, *Law and Policy in International Business*, vol. 32, núm. 4, pp. 769-810.

GOTTWALD, Walther (1990), “Die Zivilrechts(alltags)praxis –ein Fin- delkind der Implementationsforschung?”, en RAISER y VOIGT (eds.), pp. 66-85.

GRAU, Charles W. y SHESKIN, Arlene (1982), “Ruling Out Delay: The Impact of Ohio’s Rules of Superintendence”, *Judicature*, vol. 66, núms. 3-4, septiembre-octubre, pp. 108-121.

GRAVELLE, Hugh (1995), “Regulating the Market for Civil Justice”, en ZUCKERMAN y CRANSTON (eds.), pp. 279-303.

GRIFFITHS, John (1983), “The General Theory of Litigation - A First Step”, *Zeitschrift für Rechtssociologie*, Jhg. 4, Heft 2, diciembre, pp. 145-201.

GROSS, Samuel R. (1987), “The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation”, *Michigan Law Review*, vol. 85, pp. 734-757.

——— y SYVERUD, Kent D. (1991), “Getting to a No: A Study of Settlement Negotiations and the Selection of Cases for Trial”, *Michigan Law Review*, vol. 90, núm. 2, noviembre, pp. 319-393.

GUARNIERI, Carlo (1994), “Justice et politique: le cadre institutionnel”, *Cahiers français*, París, núm. 268 (*Les régimes politiques européens en perspective*), octubre-diciembre, pp. 53-71.

——— y PEDERZOLI, Patrizia (1996), *La puissance de juger. Pouvoir judiciaire et démocratie*, prefacio de Antoine Garapon, París, Éditions Michalon (hay traducción española: *Los jueces y la política*, trad. de Miguel Ángel Ruiz de Azúa, Madrid, Taurus, 1997).

HAMMERGREN, Linn (1998), *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Boulder, Westview Press.

HANSSEN, F. Andrew (1999), “The Effect of Judicial Institutions on Uncertainty and the Rate of Litigation: The Election *versus* Appointment of Judges, *Journal of Legal Studies*, vol. XXVIII, enero, pp. 205-232.

HARTLEY, T. C. (1994), *The Foundations of European Community Law. An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*, 3a. ed., Oxford, Clarendon Press.

HAYDEN, Robert M. y ANDERSON, Jill K. (1979), “On the Evaluation of Procedural Systems in Laboratory Experiments. A Critique of Thibaut and Walker”, *Law and Human Behavior*, vol. 3, núms. 1-2, pp. 21-38.

HAZARD, Jr., Geoffrey (1965), "Rationing Justice", *Journal of Law and Economics*, vol. VIII, octubre, pp. 1-10.

HENCKEL, Hans-Joachim (1991), *Zivilprozeß und Justizalternativen in Brasilien. Recht, Rechtspraxis, Rechtstatsachen - Versuch einer Beschreibung*, Frankfurt a.M.-Bern-Nueva York-París, Peter Lang, Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung, Band 14.

HENSLER, Deborah R. (1990), "Court-Ordered Arbitration: An Alternative View", *The University of Chicago Legal Forum*, pp. 399-420 (reimpr. como RAND/RP-103).

HERRERO, Carmen (1993), "Racionalidad individual-irracionalidad social: el conflicto justicia-eficiencia", *Doxa*, Alicante, núm. 13, pp. 49-67.

HEUMANN, Milton (1978), *Plea Bargaining. The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press.

— y CHURCH, Thomas W. (1990), "Criminal Justice Reform, Monetary Incentives, and Policy Evaluation", *Law and Policy*, vol. 12, núm. 1, enero, pp. 81-102.

HEYDEBRAND, Wolf (1977), "The Context of Public Bureaucracies: An Organizational Analysis of Federal District Courts", *Law and Society Review*, vol. 11, núm. 5, pp. 749-821.

— y SERON, Carroll (1990), *Rationalizing Justice. The Political Economy of Federal District Courts*, Albany, State University of New York Press.

— (1993), "Rationalizing the Social Organization of Justice: Response to McIntosh", *Law and Social Inquiry*, vol. 18, núm. 4, otoño, pp. 707-710.

HIRSCH, Werner Z. (1988), *Law and Economics. An Introductory Analysis*, 2a. ed., Boston, Academic Press.

HOFFMAN, Richard B. (1982), "The Bureaucratic Spectre: Newest Challenge to the Courts", *Judicature*, vol. 66, núm. 2, agosto, pp. 60-72.

HOLMES, Malcolm *et al.* (1992), "Plea Bargaining Policy and State District Court Caseloads: An Interrupted Time Series Analysis", *Law and Society Review*, vol. 26, núm. 1, pp. 139-159.

HOLTON, Robert J. (1992), *Economy and Society*, Londres-Nueva York, Routledge.

HOLZSCHECK, Knut *et al.* (1982), *Praxis des Konsumentenkredits. Eine empirische Untersuchung zur Rechtssoziologie und Ökonomie des Konsumentenkredits*, Köln, Bundesanzeiger (Rechtstatsachen-forschung, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz).

HÖRMANN, Günter (1987), “Gerichtliche Schuldbeitreibung und ihre Umwelt. Zur Entwicklung der gerichtlichen und außergerichtlichen Durchsetzung von Geldforderungen in der Bundesrepublik Deutschland”, en BLANKENBURG y VOIGT (eds.), pp. 72-94.

HOWARD, Robert M. *et al.* (2000), “Pre-Trial Bargaining and Litigation: The Search for Fairness and Efficiency”, *Law and Society Review*, vol. 34, núm. 2, pp. 431-456.

HURST, James Willard (1980-81), “The Functions of Courts in the United States: 1950-1980”, *Law and Society Review*, vol. 15, núms. 3-4, pp. 401-471.

HYLTON, Keith N. (1993), “Asymmetric Information and the Selection of Disputes for Litigation”, *Journal of Legal Studies*, vol. XXII, núm. 1, enero, pp. 187-210.

IETSWAART, Heleen F. P. (1984), “Some Notes on the Relations Between Empirical Research and Theory”, en PLETT, Konstanze y ZIEGERT, Klaus (eds.), *Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik. Zur Problemlage rechtssociologischer Auftragsforschung (Kolloquium im Max-Planck-Institut für ausländisches und Privatrecht, Hamburg, 30. und 31. März 1982)*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 210-220.

——— (1989), “Die Entwicklung des Geschäftsanfalls bei Amtsgerichten in Frankreich”, en BLANKENBURG (ed.), pp. 159-230.

ILANUD-FIU (eds.) (1987), *La administración de justicia en Honduras. Descripción y análisis del sector*, Tegucigalpa, ILANUD-FIU.

ISHIKAWA, Akira (1998), “The ‘Small Judiciary’ Policy in Japan”, *Verfassung und Recht in Übersee/Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 31. Jhg., 2. Quartal, pp. 151-159.

JACOB, Herbert (1976), “Criminal Courts as Organizational Phenomena”, en FRIEDMAN, Lawrence y REHBINDER, Manfred (eds.), *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens (Sociology of the Judicial Process)*, Opladen, Westdeutscher Verlag, pp. 155-172 (*Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, 4).

——— (1983), “Courts as Organizations”, en BOYUM y MATHER (eds.), pp. 192-215.

——— (1997), “The Governance of Trial Judges”, *Law and Society Review*, vol. 31, núm. 1, pp. 3-30.

——— *et al.* (1996), *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, New Haven-Londres, Yale University Press.

JARQUÍN, Edmundo y CARRILLO, Fernando (eds.) (1997), *La economía política de la reforma judicial*, Washington D. C., BID.

JOHNSTON, Jason Scott (1990), “Law, Economics, and Post-Realist Explanation”, *Law and Society Review*, vol. 24, núm. 5, pp. 1217-1254.

JOLOWICZ, J. A. (1989), “Managing Overload in Appellate Courts: «Western» Countries”, en WEDEKIND (ed.), pp. 71-94.

——— (dir.) (1992), *Droit anglais*, 2a. ed., París, Dalloz.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho (2003), “Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total”, en FIX-FIERRO *et al.* (eds.), pp. 117-194.

KAGAN, Robert A., (1984), “The Routinization of Debt Collection. An Essay on Social Change and Conflict in the Courts”, *Law and Society Review*, vol. 18, núm. 3, pp. 323-371.

——— (1991), “Adversarial Legalism and American Government”, *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 10, núm. 3, verano, pp. 369-406.

KAKALIK, James S. *et al.* (1990), *Averting Gridlock. Strategies for Reducing Delay in the Los Angeles Superior Court*, Santa Mónica, RAND (The Institute for Civil Justice) (R-3762-ICJ).

KAPLOW, Louis (1994), “The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis”, *Journal of Legal Studies*, vol. XXIII, núm. 1, Part 2, enero, pp. 307-401.

——— y SHAVELL, Steven (1994), “Accuracy in the Determination of Liability”, *Journal of Law and Economics*, vol. XXXVII, abril, pp. 1-15.

KAUFMAN, Irving R. (1990), “Reform for a System in Crisis: Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts”, *Fordham Law Review*, vol. LIX, núm. 1, octubre, pp. 1-38.

KEMPIN, Jr., Frederick (1990), *Historical Introduction to Anglo-American Law*, St. Paul, Minnesota, West.

KESSLER, Daniel *et al.* (1996), “Explaining Deviations from the Fifty-Percent Rule: A Multimodal Approach to the Selection of Cases for Litigation”, *Journal of Legal Studies*, vol. XXV, núm. 1, enero, pp. 233-259.

KING, Michael y SCHÜTZ, Anton (1994), “The Ambitious Modesty of Niklas Luhmann”, *Journal of Law and Society*, vol. 21, núm. 3, septiembre, pp. 261-287.

KLEIN, Jürgen M. (1987), “Die Vollstreckung von Geldforderungen durch den Gerichtsvollzieher (aus rechtstatsächlicher Sicht)”, en BLANKENBURG y VOIGT (eds.), pp. 49-71.

KNIEPER, Rolf (1991), *Nationale Souveränität. Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung*, Frankfurt a.M., Fischer Taschenbuch Verlag.

KNIFFKA, Rolf (1981), “Das Ansehen der Justiz in der Öffentlichkeit”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 2, Heft 2, pp. 225-240.

KOETZ, Axel G. (1991), “Strukturanalyse der Rechtspflege: Organisation der Amtsgerichte”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 12, Heft 2, pp. 197-209.

——— *et al.* (1992), *Organisation der Amtsgerichte*, Köln, Bundesanzeiger (Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege).

——— *et al.* (1993), *Organisation der Kollegialgerichte und des Instanzenzuges der ordentlichen Gerichtsbarkeit*, Köln, Bundesanzeiger (Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege).

——— y FRÜHAUF, Ludwig (1996), “Gerichtsorganisation in den fünf neuen Bundesländern”, en RENNIG y STREMPER (eds.), pp. 139-189.

KOMESAR, Neil K. (1994), *Imperfect Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press.

KORNHAUSER, Lewis (1986), “Economic Analysis of Law”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XVI, núm. 1, junio, pp. 233-247.

KOROBKIN, Russell B. y ULEN, Thomas S. (2000), “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”, *California Law Review*, vol. 88, núm. 4, julio, pp. 1051-1144.

KRAFKA, Carol *et al.* (1996), “Stalking the Increase in the Rate of Federal Civil Appeals”, *Justice System Journal*, vol. 18, núm. 3, pp. 233-247.

KRITZER, Herbert M. y PICKERILL, J. Mitchell (1997), *Contingent Fee: Lawyers as Gatekeepers in the American Civil Justice System*, s.l., Institute for Legal Studies (Dispute Processing Research Program Working Paper DPRP 12-3).

LANDES, William M. (1971), "An Economic Analysis of the Courts", *Journal of Law and Economics*, vol. XIV, núm. 1, abril, pp. 61-107.

_____ y POSNER, Richard A. (1979), "Adjudication as a Private Good", *Journal of Legal Studies*, vol. VIII, núm. 2, marzo, pp. 235-284.

_____ y POSNER, Richard A. (1994), "The Economics of Anticipatory Adjudication", *Journal of Legal Studies*, vol. XXIII, núm. 2, junio, pp. 683-719.

LANGBEIN, John H. (1985), "The German Advantage in Civil Procedure", *University of Chicago Law Review*, vol. 52, núm. 4, otoño, pp. 823-866.

LEGOMSKY, Stephen H. (1990), *Specialized Justice. Courts, Administrative Tribunals, and a Cross-National Theory of Specialization*, Oxford, Clarendon Press.

LEMENNICKIER, Bertrand (1991), *Économie du droit*, París, Éditions Cujas.

LEVON-GUÉRIN, Francine y CHADELAT, Catherine (1998), "The Length of Civil First Instance and Appeal Procedures in France: Endemic Delay and the Need for Reform, *Liverpool Law Review*, vol. XX, núm. 2, pp. 177-199.

LIEBERMAN, Jethro K. (1981), *The Litigious Society*, Nueva York, Basic Books.

LIND, E. Allan (1990), *Arbitrating High-Stakes Cases. An Evaluation of Court-Annexed Arbitration in A United States District Court*, Santa Monica, RAND (The Institute for Civil Justice) (R-3809-ICJ).

_____ (1994), "Procedural Justice and Culture: Evidence for Ubiquitous Process Concerns", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 15, Heft 1, pp. 24-36.

_____ et al. (1990), "In the Eye of the Beholder: Tort Litigants' Evaluations of their Experiences in the Civil Justice System", *Law and Society Review*, vol. 24, núm. 4, pp. 953-956.

_____ y TYLER, Tom R. (1988), *The Social Psychology of Procedural Justice*, Nueva York-Londres, Plenum Press.

LIPETZ, Marcia (1980), "Routine and Deviations: The Strength of the Courtroom Workgroup in a Misdemeanor Court", *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 8, pp. 47-60.

LYON-CAEN, Pierre (1981), “L’expérience du Syndicat de la Magistrature. Témoignage”, *Pouvoirs*, núm. 16 (*La justice*), pp. 55-78.

LONGAN, Patrick E. (1993), “The Shot Clock Comes to Trial: Time Limits for Federal Civil Trials”, *Arizona Law Review*, vol. 35, núm. 3, Fall, pp. 663-718.

LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio (1988), “El proceso como espacio de encuentro entre lo social y lo jurídico. Una aproximación de sociología del derecho”, *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, México, UNAM, t. II, pp. 1015-1038.

——— (1997a), “The Impact of International Trade Agreements in the Legal Systems of the American Continent”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, primavera, pp. 761-772.

——— (1997b), *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM.

——— (2004), *Globalización, Estado de derecho y seguridad jurídica. Una exploración sobre los efectos de la globalización en los poderes judiciales de Iberoamérica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

——— y FIX-FIERRO, Héctor (1999), “Communication Between Legal Cultures: The Case of NAFTA’s Chapter 19 Binational Panels”, en PERRET, Louis (ed.), *The Evolution of Free Trade in the Americas/L’évolution du libre-échange dans les Amériques*, Montréal, Wilson & Lafleur, pp. 3-48.

——— y FIX-FIERRO, Héctor (2003), “«¡Tan cerca, tan lejos!» Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-2000)”, en FIX-FIERRO *et al.* (eds.), pp. 503-603.

LUHMANN, Niklas (1976), *Funktionen und folgen formaler organisation* (1964), Berlín, Duncker und Humblot.

——— (1983), *Legitimation durch Verfahren* (1975), Frankfurt a.M., Suhrkamp.

——— (1984), *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a.M., Suhrkamp (hay trad. española: *Sistemas sociales. Esbozo de una teoría general*, México, UIA-Alianza Editorial, 1991).

——— (1985), *A Sociological Theory of Law*, trad. de Elizabeth King-Utz y Martin Albrow, Londres, Routledge and Kegan Paul.

——— (1986), “Die Weltgesellschaft” (1971), *Soziologische Aufklärung* 2, Opladen, Westdeutscher Verlag, pp. 51-71.

——— (1988a), *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp.

——— (1988b), “The Sociological Observation of the Theory and Practice of the Law”, *European Yearbook of the Sociology of Law*, pp. 23-42.

——— (1989), “Law as a Social System”, *Northwestern University Law Review*, vol. 83, núms. 1-2, pp. 355-369.

——— (1990), *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp (hay trad. española: *La ciencia de la sociedad*, México-Guadalajara, UIA-ITESO, 1996).

——— (1991), “Organisation und Entscheidung”, *Soziologische Aufklärung* 3, Opladen, Westdeutscher Verlag, pp. 335-389.

——— (1993), *Das Recht der Gesellschaft*; Frankfurt a.M., Suhrkamp (hay trad. española: *El derecho de la sociedad*, México, UIA-UNAM, 2003).

LUSKIN, Mary Lee (1978), “Building a Theory of Case Processing Time”, *Judicature*, vol. 62, núm. 3, septiembre, pp. 115-127.

——— (1988-89), “Making Sense of Calendaring Systems: A Reconsideration of Concept and Measurement”, *Justice System Journal*, vol. 13, núm. 3, pp. 240-250.

MACCORMICK, Peter (1994), “Who Wins and Who Loses in the Provincial Courts of Appeal? A Statistical Analysis 1920-1990”, *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 9, núm. 2, otoño, pp. 21-40.

MACLEAN, Mavis (1993), “Sociology of Law and Legal Policy in Great Britain”, en HOUTTE, Jean van y LOON, Francis van (eds.), *Sociology of Law, Social Problems and Legal Policy in Europe*, Leuven-Amersfoort, Acco, pp. 39-47.

MACLEAN U., Roberto G. (2004), “Reformar la justicia: ¿de qué se trata?”, en PÁSARA (comp.), pp. 23-85.

MAGALONI, Ana Laura y NEGRETE, Layda (2000), “Desafueros del poder. La política de decidir sin resolver”, *Trayectorias. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, vol. 2, núm. 2, enero-abril, pp. 54-68.

MAGGI, Bruno (1984), “Teoria dell’organizzazione e sociologia del diritto”, en SCARPELLI, Uberto y TOMEI, Vincenzo (eds.), *Società*,

norme e valori. Studi in onore di Renato Treves, Milán, Giuffrè, pp. 285-307.

MARCUS, Richard L. (1995), “Déjà Vu All Over Again?” An American Reaction to the Woolf Report”, en ZUCKERMAN y CRANSTON (eds.), pp. 219-243.

MARGOLIS, Stephen E. (1987), “Two Definitions of Efficiency in Law and Economics”, *Journal of Legal Studies*, vol. XVI, núm. 2, junio, pp. 471-482.

MARTIN, John A y MARON, Nancy C. (1991), “Courts, Delay, and Inter-organizational Networks: Managing An Essential Tension”, *Justice System Journal*, vols. 14/3 y 15/1, pp. 268-288.

MARVELL, Thomas B. y LUSKIN, Mary Lee (1991), “The Impact of Speedy Trial Laws in Connecticut and North Carolina”, *Justice System Journal*, vols. 14/3 y 15/1, pp. 343-357.

MATHENY, Albert R. (1980), “Negotiation and Plea Bargaining Models. An Organizational Perspective”, *Law and Policy Quarterly*, vol. 2, núm. 3, julio, pp. 267-284.

MCADAMS, A. James (ed.) (1997), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame-Londres, University of Notre Dame Press.

MCADAMS, Richard H. (2004), “Cultural Contingency and Economic Function: Bridge-Building from the Law & Economics Side”, *Law and Society Review*, vol. 38, núm. 2, pp. 221-228.

MCCOUN, Robert J. (1991), “Unintended Consequences of Court Arbitration: A Cautionary Tale from New Jersey”, *Justice System Journal*, vol. 14, núm. 2, pp. 229-243, 251-256.

——— et al. (1988), *Alternative Adjudication. An Evaluation of the New Jersey Automobile Arbitration Program*, Santa Monica, RAND (The Institute for Civil Justice) (R-3676-ICJ).

MCEWEN, Craig A. y MAIMAN, Richard J. (1984), “Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance Through Consent”, *Law and Society Review*, vol. 18. núm. 1, pp. 11-48.

MCGREW, Anthony G. (1998), “Global Legal Interaction and Present-day Patterns of Globalization”, en GESSNER y BUDAK (eds.), pp. 325-345.

MCINTOSH, Wayne (1993), “Rationalizing the Quest for Justice in the US District Courts”, *Law and Social Inquiry*, vol. 18, núm. 4, otoño, pp. 689-705.

MERCADO PACHECO, Pedro (1994), *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, colección El derecho y la justicia, 38.

MERCURO, Nicholas y MEDEMA, Steven G. (1996), *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press.

MERRYMAN, John Henry (2003), “Memoria de SLADE”, en FIX-FIERRO *et al.* (eds.), pp. 749-769.

——— *et al.* (1979), *Law and Social Change in Mediterranean Europe and Latin America. A Handbook of Legal and Social Indicators for Comparative Study*, Stanford, Stanford Law School (Stanford Studies in Law and Development, SLADE).

MICELI, Thomas J. (1991), “Optimal Criminal Procedure: Fairness and Deterrence”, *International Review of Law and Economics*, vol. 11, núm. 1, mayo, pp. 3-10.

MICHALIK, Paul (1999), “Justice in Crisis: England and Wales”, en ZUCKERMAN (ed.), pp. 117-165.

MICHELS, M. Janice (1992), “Transition to Court Management of Cases from Filing to Disposition”, *Justice System Journal*, vol. 16, núm. 1, pp. 89-99.

——— (1995), “Case Management Techniques Work”, *Justice System Journal*, vol. 18, núm. 1, pp. 79-89.

MILLER, Geoffrey P. (1997), “The Legal-Economic Analysis of Comparative Civil Procedure”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, núm. 4, pp. 905-918.

MILLER, Ralph I. *et al.* (1971), “Local Procedure and Judicial Efficiency: A Comparative Empirical Study of Metropolitan District Courts”, *Texas Law Review*, vol. 49, núm. 1, abril, pp. 677-746.

MILLER, Richard E. y SARAT, Austin (1980-81), “Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture”, *Law and Society Review*, vol. 15, núms. 3-4, pp. 525-566.

Ministère de la Justice (1989), *Le “service public de la justice”, un concept nouveau*, París (mimeo).

MNOOKIN, Robert y KORNHAUSER, Lewis (1979), "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", *Yale Law Journal*, vol. 88, pp. 950-999.

MOHR, Lawrence B. (1976), "Organizations, Decisions, and Courts", *Law and Society Review*, vol. 10, núm. 4, verano, pp. 621-642.

MOHR, Richard *et al.* (1997), "Performance Measurement for Australian Courts", *Journal of Judicial Administration*, Melbourne, vol. 6, núm. 3, febrero, pp. 156-169.

MORGAN, Gareth (1986), *Images of Organization*, Newbury Park-Londres-New Delhi, SAGE Publications.

MORGAN, Patricia y VENNARD, Julie (1989), *Pre-Trial Delay: The Implications of Time Limits*, Londres, HMSO (Home Office Research Study núm. 110).

NAGEL, Stuart S. (1986), *Law, Policy, and Optimizing Analysis*, Nueva York-Westport-Londres, Quorum Books.

——— *et al.* (1978), "Bringing Management Science to the Courts to Reduce Delay", *Judicature*, vol. 62, núm. 3, septiembre, pp. 128-143.

NARDULLI, Peter F. (1978), *The Courtroom Elite: An Organizational Perspective on Criminal Justice*, Cambridge, Massachusetts, Ballinger Publishing Company.

National Center for State Courts (ed.)(1978), *The Public Image of Courts*; Williamsburg, Va., NCSC (reimpreso de *State Courts: A Blueprint for the Future*).

——— (1999), *How the Public Views the State Courts. A 1999 National Survey*, Williamsburg, Va., NCSC-The Hearst Corporation.

NELKEN, David (ed.)(1997), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth.

——— (2004), *Cultura jurídica y dilación de los procesos en Italia*, ponencia presentada al Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, febrero.

NEMOGÁ SOTO, Gabriel Ricardo (dir.)(1996), *Justicia sin rostro. Estudio sobre la justicia regional*, Santafé de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

NEUBAUER, David y MEINHOLD, Stephen S. (1994), "Too Quick to Sue? Public Perceptions of the Litigation Explosion", *Justice System Journal*, vol. 16, núm. 3, pp. 1-14.

NIMMER, Raymond T. (1978), *The Nature of System Change. Reform Impact in the Criminal Courts*, Chicago, American Bar Foundation.

NORTH, Douglass C. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press (hay trad. española: *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993).

OGUS, Anthony *et al.* (1990), “Evaluating Alternative Dispute Resolution: Measuring the Impact of Family Conciliation on Costs”, *Modern Law Review*, Oxford, vol. 53, núm. 1, enero, pp. 57-74.

OLGIATI, Vittorio (1996), “Cross-Border Litigation in Italy”, en GESSNER (ed.), pp. 209-247.

OLSON, Walter K. (1991), *The Litigation Explosion. What Happened When America Unleashed the Lawsuit*, Nueva York, Truman Talley Books-Dutton.

PACE, Carlo (1970), “La bontà dei giudizi”, en CASTELLANO *et al.*, pp. 159-196.

PADGETT, John F. (1990), “Plea Bargaining and Prohibition in the Federal Courts, 1908-1934”, *Law and Society Review*, vol. 24, núm. 2, pp. 413-450.

PANTHER, Stephan M. (1995), “The Economics of Crime and Criminal Law: An Antithesis to Sociological Theories?”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 2, núm. 4, diciembre, pp. 365-378.

PARDOLESI, Roberto (1990), “Un moderno Minotauro: Law and Economics”, en POCAR y VELICOGNA (eds.), pp. 225-243.

PÁSARA, Luis (comp.) (2004), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. Lima, Consorcio Justicia Viva (ed. simultánea: México, UNAM, 2004).

PASTOR, Santos (1989), *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos.

PASTOR PRIETO, Santos (1993), *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia-Civitas.

PATERNOSTER, Raymond *et al.* (1997), “Do Fair Procedures Matter? The Effect of Procedural Justice on Spouse Assault”, *Law and Society Review*, vol. 31, núm. 1, pp. 163-204.

PELLEGRINI, Stefania (1992), “Studi longitudinali sulla litigiosità”, *Sociologia del Diritto*, vol. XIX, núm. 2, pp. 115-132.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos (1991), “Los abogados y la administración de justicia: resultados de una encuesta sobre funcionamiento del Poder Judicial”, en VALENZUELA S., Eugenio (coord.), *Proposiciones para la reforma judicial*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, pp. 367-395.

——— (1993), “Informe sobre Chile”, en CORREA SUTIL (ed.), pp. 285-423.

PÉREZ PERDOMO, Rogelio (1985), “La administración de justicia en Venezuela: evaluación y alternativas”, *Revista de Derecho Privado*, Caracas, núms. 2-4, pp. 49-79.

——— (1991), “La duración de los juicios penales como problema de investigación sociojurídica en América Latina”, en FERRARI (ed.) (1991), pp. 401-445.

——— (1993), “La justicia en tiempos de globalización: demandas y perspectivas de cambio”, en BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (ed.), pp. 137-151.

——— (1996), “De la justicia y otros demonios”, en BOZA y PÉREZ PERDOMO (eds.), pp. 117-173.

POCAR, V. y VELICOGNA, N. (1990), *Ragioni del diritto e ragioni dell'economia*, Milán, Franco Angeli (núm. 19 de *Sociologia del diritto*).

POLINSKY, A. Mitchell (1989), *An Introduction to Law and Economics*, 2a. ed., Boston-Toronto, Little, Brown and Company.

POSNER, Eric A. (2000), *Law and Social Norms*, Cambridge, Harvard University Press.

POSNER, Richard A. (1973), “An Economic Approach to Procedure and Judicial Administration”, *Journal of Legal Studies*, vol. II, pp. 399-451.

——— (1979), “Utilitarianism, Economics and Legal Theory”, *Journal of Legal Studies*, vol. VIII, pp. 103-140.

——— (1990), *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Londres, Harvard University Press.

——— (1995), “The Sociology of the Sociology of Law: A View from Economics”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 2, núm. 4, diciembre, pp. 265-284.

——— (1996), *The Federal Courts. Challenge and Reform*, 2a. ed., Cambridge, Londres, Harvard University Press.

——— (1998), *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica.

PRADEL, Jean (1995), "The Celerity of Criminal Procedure in Comparative Law", *Revue internationale de droit pénal/International Review of Penal Law*, 66e année, nouvelle série, 3e et 4e trimestres, pp. 353-363.

President's Council on Competitiveness (1991), *Agenda for Civil Justice Reform in America (A Report from the)*, Washington, D. C., Department of Justice, agosto.

PRIEST, George L. y KLEIN, Benjamin (1984), "The Selection of Disputes for Litigation", *Journal of Legal Studies*, vol. XIII, núm. 1, enero, pp. 1-55.

PRILLAMAN, William C. (2000), *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, Connecticut, Praeger.

RAINE, J. W. y WILLSON, M. J. (1993), "Organizational Culture and the Scheduling of Court Appearances", *Journal of Law and Society*, vol. 20, núm. 2, verano, pp. 237-219.

RAISER, Thomas y VOIGT, Rüdiger (eds.) (1990), *Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen. Die Bedeutung von der Implementations- und der Wirkungsforschung für die Rechtswissenschaft*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft (Schriftenreihe der Vereinigung für Rechtssoziologie, 15).

RAITERI, Monica (1988), "Giustizia distributiva e funzione giudiziaria: Qualche osservazione nella prospettiva della analisi economica del diritto", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XVIII, núm. 1, pp. 209-228.

_____ (1991), "La cultura economica del giudice", en FERRARI (ed.) (1991), pp. 1071-1081.

_____ (1992), "La funzione giurisdizionale tra redistribuzione economica e tutela dei diritti", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXII, núm. 2, diciembre, pp. 475-518.

RAMSEYER, J. Mark (1994), "The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach", *Journal of Legal Studies*, vol. XXIII, junio, pp. 721-747.

RAWLS, John (1973), *A Theory of Justice*, 5th printing, Cambridge, The Belknap Press (hay trad. española: *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979).

REED, John H. (1973), *The Application of Operations Research to Court Delay*, Nueva York, Praeger Publishers.

REICH, Norbert (1992), “Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?”, *Common Market Law Review*, Leiden, vol. 29, núm. 5, octubre, pp. 861-896.

REMICHE, Benoit (1985), “Le rôle de l’économie dans le mode juridictionnel de règlement des conflits”, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, Bruxelles, núm. 15, pp. 171-208.

RENNIG, Christoph y STREMPFL, Dieter (eds.) (1996), *Justiz im Umbruch. Rechtstatsächliche Studien zum Aufbau der Rechtspflege in den neuen Bundesländern*, Köln, Bundesanzeiger.

RESCIGNO, Mario (1985), “L’istituzione giudiziaria e l’economia”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale dell’Obligazioni*, año LXXXIII, enero-abril, pp. 1-14.

RESNIK, Judith (1982), “Managerial Judges”, *Harvard Law Review*, vol. 96, núm. 2, diciembre, pp. 376-448.

RHODES, William M. (1976), “The Economics of Criminal Courts: A Theoretical and Empirical Investigation”, *Journal of Legal Studies*, vol. V, núm. 2, junio, pp. 311-340.

RICO, José Ma. et al. (1988), *La justicia penal en Costa Rica*, San José, Costa Rica, EDUCA.

ROBERTS, Julian V. y DOOB, Anthony N. (1990), “News Media Influences on Public Views in Sentencing”, *Law and Human Behavior*, vol. 14, núm. 5, pp. 451-466.

RÖHL, Klaus F. (1982), “Rechtspolitische und ideologische Hintergründe der Diskussion über Alternativen zur Justiz”, en BLANKENBURG, GOTTWALD y STREMPFL (eds.), pp. 15-27.

——— (1987), “Gründe und Ursprünge aktueller Geschäftsüberlastung der Gerichte aus soziologischer Sicht”, en GILLES, Peter (ed.) (1987), *Effiziente Rechtsverfolgung. Deutsche Landesberichte zur VIII. Weltkonferenz für Prozeßrecht in Utrecht 1987/Efficiency in the Pursuit of Justice. German National Reports for the VIII. World Conference on Procedural Law in Utrecht 1987*, Heidelberg, C.F. Müller, pp. 33-63.

——— (1991), “Court-Management in den USA”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 12, Heft 2, pp. 217-231.

——— (1993a), “Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice). Einführung in den Themenbereich und Überblick”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 14, Heft 1, pp. 1-34.

——— (1993b), *Gerichtsverwaltung und Court-Management in den USA-Vom Effizienzmanagement zum Qualitätsmanagement*, Köln, Bundesanzeiger (Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege).

——— (con MAGEN, Stefan) (1996), “Die Rolle des Rechts im Prozeß der Globalisierung”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 17, Heft 1, pp. 1-57.

——— (1997), “Procedural Justice: Introduction and Overview”, en KLAUS, Röhl y STEFAN, Machura (eds.), *Procedural Justice*, Aldershot, Dartmouth, pp. 1-35 (Oñati International Series in Law and Society).

ROSANVALLON, Pierre (1981), *La crise de l'Etat-providence*, París, Éditions du Seuil.

ROSS, H. Laurence (1980), *Settled Out of Court. The Social Process of Insurance Claims Adjustment*, rev. ed. (1970), Nueva York, Aldine Publishing Company.

ROTTLEUTHNER, Hubert (1987), *Einführung in die Rechtssoziologie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

——— (1991), “Einzelrichter und Kammer: Eine rechtstatsächliche Untersuchung zum Einsatz des Einzelrichters: Paragraph 348 ZPO”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 12, Heft 2, pp. 232-247.

——— y ROTTLEUTHNER-LUTTER, Margret (1990), *Die Dauer von Gerichtsverfahren. Evaluation der ZPO Vereinfachungsnovelle*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft (Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie, Band 16).

——— et al. (1992), *Rechtstatsächliche Untersuchung zum Einsatz des Einzelrichters*, Köln, Bundesanzeiger (Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege).

ROTTLEUTHNER-LUTTER, Margret y ROTTLEUTHNER, Hubert (1989), “Evaluation der ZPO-Vereinfachungsnovelle”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 10, Heft 1, pp. 28-49.

ROZENBERG, Joshua (1995), *The Search for Justice. An Anatomy of the Law*, 2a. ed., Londres, Sceptre.

RUBIN, Paul H. y BAILEY, Martin J. (1994), “The Role of Lawyers in Changing the Law”, *Journal of Legal Studies*, vol. XXIII, núm. 2, junio, pp. 807-831.

RUBIO, Mauricio (1997), “Normas, justicia y economía en Colombia”, en JARQUÍN y CARRILLO (eds.), pp. 339-385.

RUIZ HARRELL, Rafael (1996), “El saldo de la impunidad”, *Revista Mexicana de Procuración de Justicia*, vol. I, núm. 2, pp. 15-30.

RYAN, John Paul (1978), “Management Science in the Real World of Courts. The Orange County Court’s Experience with Optimum Sequencing”, *Judicature*, vol. 62, núm. 3, septiembre, pp. 144-146.

——— et al. (1980), *American Trial Judges. Their Work Styles and Performance*, Nueva York, The Free Press.

——— et al. (1981), “Analyzing Court Delay-Reduction Programs: Why Do Some Succeed?”, *Judicature*, vol. 65, núm. 2, agosto, pp. 58-75.

SAARI, David J. (1982), *American Court Management. Theories and Practices*, Westport-Londres, Quorum Books.

SADEK, María Tereza (1997), “La crisis del Poder Judicial”, en JARQUÍN y CARRILLO (eds.), pp. 391-404.

——— (2004), “El Poder Judicial brasileño: una institución refractaria al cambio”, en PÁSARA (comp.), pp. 89-139.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (1989), *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, vol. 1.

——— (1998), *Las escuelas judiciales*. México, UNAM, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, 5.

SALAS, Luis y RICO, José Ma. (1989a), *La justicia penal en Honduras*, San José, Costa Rica, EDUCA-UIF.

——— (1989b), *La justicia penal en Guatemala*, San José, Costa Rica, EDUCA-UIF.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1999), “The Gatt of Law and Democracy: (Mis)Trusting the Global Reform of Courts”, en FEEST, Johannes (ed.), *Globalization and Legal Cultures. Oñati Summer Course 1997*, Oñati, International Institute for the Sociology of Law, pp. 49-86 (Oñati Papers, 7).

——— et al. (1996), *Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português*, Porto, Edições Afrontamento.

SARRE, Miguel y LÓPEZ UGALDE, Antonio (2002), *Administración de justicia en México. Indicadores en materia mercantil e hipotecaria*, México, ITAM-Gaxiola Moraila y Asociados (publicado como anexo especial a la revista *Este País*, México, núm. 138, agosto).

SAVONA, Ernesto Ugo (1990), “Un settore trascurato: l’analisi economica della criminalità”, *Sociologia del Diritto*, vol. XVII, núms. 1/2, pp. 254-277.

SCHÄFER, Rudolf (1987), “Städtebaupolitik vor dem Verwaltungsgericht. Am Beispiel der Rechtsprechung zur Gültigkeit von Bebauungsplänen”, en BLANKENBURG y VOIGT (eds.), pp. 281-307.

SCHEB, II, John M. y MATHENY, Albert R. (1988), “Judicial Reform and Rationalization: The Diffusion of Court Reform Policies Among the American States”, *Law and Policy*, vol. 10, núm. 1, enero, pp. 25-42.

SCHEUERMAN, William E. (1999), “Globalization and the Fate of Law”, en DYZENHAUS, David (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford-Portland, Hart Publishing, pp. 243-266.

SCHULHOFER, Stephen (1985), “No Job Too Small: Justice Without Bargaining in the Lower Criminal Courts”, *American Bar Foundation Research Journal*, núm. 3, pp. 519-591.

SCHULTZ, Majken (1995), *On Studying Organizational Cultures. Diagnosis and Understanding*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter.

SCOTT, I. R. (1995), “Caseflow Management in the Trial Court”, en ZUCKERMAN y CRANSTON (eds.), pp. 1-30.

SEAGLE, William (1952), *Law: The Science of Inefficiency*, Nueva York, The MacMillan Company.

SELVIN, Molly y EBENER, Patricia (1984), *Managing the Unmanageable. A History of Civil Delay in the Los Angeles Superior Court*, Santa Monica, RAND Corporation (The Institute for Civil Justice) (R-3165-ICJ).

SERON, Carroll (1990), “The Impact of Court Organization on Litigation”, *Law and Society Review*, vol. 24, núm. 2, pp. 451-465.

SERVERIN, Évelyne (1993), “Juridiction et jurisprudence: deux aspects des activités de justice”, *Droit et Société*, núm. 25, pp. 339-349.

SHAPIRO, Martin (1980), “Appeal”, *Law and Society Review*, vol. 14, núm. 3, primavera, pp. 629-661.

——— (1981), *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press.

——— (1993), “The Globalization of Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1, issue 1, otoño, pp. 37-64.

SHAVELL, Steven (1995a), "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", *Journal of Legal Studies*, vol. XXIV, núm. 1, enero, pp. 1-28.

_____(1995b), "The Appeals Process as a Means of Error Correction", *Journal of Legal Studies*, vol. XXIV, núm. 2, junio, pp. 379-426.

SIEGELMAN, Peter y DONOHUE III, John J. (1990), "Studying the Iceberg from the Tip: A Comparison of Published and Unpublished Employment Discrimination Cases", *Law and Society Review*, vol. 24, núm. 5, pp. 1133-1170.

_____(1995), "The Selection of Employment Discrimination Disputes for Litigation: Using Business Cycle Effects to Test the Priest-Klein Hypothesis", *Journal of Legal Studies*, vol. XXIV, núm. 2, junio, pp. 427-462.

SIEGELMAN, Peter y Joel Waldfogel (1999), "Toward a Taxonomy of Disputes: New Evidence Through the Prism of the Priest/Klein Model", *Journal of Legal Studies*, vol. XVIII, enero, pp. 101-130.

SIMON, Herbert A. (1976), *Administrative Behavior. A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, 3a. ed., con nueva introducción, Nueva York, The Free Press.

SIMSA, Christiane Elisabeth (1995), *Die gerichtliche und außergerichtliche Regulierung von Verkehrsunfällen in Deutschland und den Niederlanden*, Köln, Bundesanzeiger (Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege).

SIPES, Larry L. et al. (1980), *Managing to Reduce Delay*, Williamsburg, Va., National Center for State Courts.

SMITH, Christopher E. (1995), *Judicial Self-Interest. Federal Judges and Court Administration*, Westport, Conn.-Londres, Praeger.

STAMMEL, Christine (1998), "Back to the Courtroom? Developments in the Londres Reinsurance Market", en GESSNER y BUDAK (eds.), pp. 61-91.

STANLEY, Linda R. y COURSEY, Don L. (1990), "Empirical Evidence on the Selection Hypothesis and the Decision to Litigate or Settle", *Journal of Legal Studies*, vol. XIX, núm. 1, enero, pp. 145-172.

STEELE, Eric H. (1981), "The Historical Context of Small Claims Courts", *American Bar Foundation Research Journal*, núm. 2, primavera, pp. 293-376.

STEELMAN, David C. (1997), "What Have We Learned About Court Delay, «Local Legal Culture», and Caseload Management Since the Late 1970s?", *Justice System Journal*, vol. 19, núm. 2, pp. 145-166.

STOCK, Johannes (1995), "Der Geschäftsanfall der Zivilgerichte und die Filterwirkung außergerichtlicher Konfliktbearbeitung", en GOTZWALD, Walther y STREMPEL, Dieter (eds.), *Streitschlichtung. Rechtsvergleichende Beiträge zur außergerichtlichen Streitbeilegung*, Köln, Bundesanzeiger (Rechtstatsachenforschung).

——— *et al.* (1995), *Schnittstellen von außer- und innergerichtlicher Konfliktbearbeitung im Zivilrecht. Bestandsaufnahme und Probleme in den neuen Bundesländern verglichen mit den Erfahrungen in den alten Bundesländern*, Köln, Bundesanzeiger (Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege).

SUMMERS, Robert S. (1974), "Evaluating and Improving Legal Process – A Plea for «Process Values»", *Cornell Law Review*, vol. 60, núm. 1, noviembre, pp. 1-52.

SZELÉNYI, Ivan y MARTIN, Bill (1989), "The Legal Profession and the Rise and Fall of the New Class", en ABEL y LEWIS (eds.), pp. 256-288.

TANFORD, J. Alexander (1991), "Law Reform by Courts, Legislatures, and Commissions Following Empirical Research on Jury Instructions", *Law and Society Review*, vol. 25, núm. 1, pp. 155-175.

TATE, C. Neal (1995), "Why the Expansion of Judicial Power?", en TATE y VALLINDER (eds.), pp. 27-37.

——— y VALLINDER, Torbjörn (eds.) (1995), *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York-Londres, Nueva York University Press.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (1993), "El proceso civil chileno: una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma", en VARIOS AUTORES, pp. 221-248.

TAYLOR, Michael C. (1997), "Why No Rule of Law in Mexico? Explaining the Weakness of Mexico's Judicial Branch", *New Mexico Law Review*, vol. 27, invierno, pp. 141-166.

TEUBNER, Gunther (1989), "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law", *Law and Society Review*, vol. 23, núm. 5, pp. 727-757.

——— (1992), "Autopoiesis and Steering: How Politics Profit from the Normative Surplus of Capital", en SCHAAP, Linze *et al.* (eds.),

Autopoiesis and Configuration Theory: New Approaches to Societal Steering, Dordrecht-Boston-Londres, Kluwer Academic Publishers, pp. 127-141.

——— (1997a), “Altera Pars Audiatur. Law in the Collision of Discourses”, en RAWLINGS, Richard (ed.), *Law, Society and Economy. Centenary Essays for the Londres School of Economics and Political Science 1895-1995*, Oxford, Clarendon Press, pp. 149-176.

——— (1997b), “Altera pars audiatur: le droit dans la collision de discours”, *Droit et Société*, núm. 35, pp. 99-123.

THIBAUT, John y WALKER, Laurens (1978), “A Theory of Procedure”, *California Law Review*, vol. 66, pp. 541-566.

THOMAS, Robert E. (1995), “The Trial Selection Hypothesis Without the 50 Per Cent Rule: Some Experimental Evidence”, *Journal of Legal Studies*, vol. XXIV, núm. 1, enero, pp. 209-228.

THOME, Joseph R. (2000), “Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America”, *Wisconsin Law Review*, pp. 691-712.

THOMPSON, James D. (1967), *Organizations in Action. Social Science Bases of Administrative Theory*, Nueva York, McGraw-Hill.

TIJERAS, Ramón (1994), *La revolución de los jueces. De Falcone a Barbero: una cruzada contra la corrupción política, el crimen internacional y la razón de Estado*, Madrid, Ediciones Temas de Hoy.

TOHARIA, José Juan (1987), “¡Pleitos tengas!...” *Introducción a la cultura legal española*, Madrid, CIS-Siglo XXI de España Editores.

——— (2001), *Opinión pública y justicia. La imagen de la justicia en la sociedad española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

——— (2003), “Sistema judicial y cultura jurídica en España, 1975-2000”, en FIX-FIERRO *et al.* (eds.), pp. 305-358.

TORELLO, Luis (1993), “Lineamientos generales de la reforma procesal civil y el caso concreto de la reforma en Uruguay”, en VARIOS AUTORES, pp. 97-132.

TOURAINÉ, Alain (1992), *Critique de la modernité*, París, Fayard.

TRUBEK, David M. (1980-81), “Studying Courts in Context”, *Law and Society Review*, vol. 15, núms. 3-4, pp. 485-501.

——— *et al.* (1983), *Civil Litigation Research Project. Final Report*, Madison, Institute for Legal Studies, Parts A and B [vol. I: “Studying the Civil Litigation Process: The CLRP Experience”; vol. II: “Civil

Litigation as the Investment of Lawyer Time”; vol. III: “Other Studies of Litigation and Dispute Processing”].

TURNER, Barry A. (ed.)(1990), *Organizational Symbolism*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter.

TYLER, Tom R. (1988), “What is Procedural Justice? Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures”, *Law and Society Review*, vol. 22, núm. 1, pp. 103-135.

——— (1990), *Why People Obey the Law*, New Haven-Londres, Yale University Press.

VALLINDER, Torbjörn (ed.)(1994), “The Judicialization of Politic”, *International Political Science Review*, vol. 15, núm. 2, abril.

——— (1995), “When the Courts Go Marching In”, en TATE y VALLINDER (eds.), pp. 13-26.

VANCE, Neil R. y STUPAK, Ronald J. (1997), “Organizational Culture and the Placement of Pretrial Agencies in the Criminal Justice System”, *Justice System Journal*, vol. 19, núm. 1, pp. 51-76.

VAN LOON, Francis y LANGERWERF, Etienne (1989), “Prozeßhäufigkeiten und Prozeßmuster in Belgien”, en BLANKENBURG (ed.), pp. 231-255.

——— et al. (1995), “Sociological Research on Litigation: Perspectives and Examples”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 2, núm. 4, diciembre, pp. 379-385.

VARGAS VIANCO, Juan Enrique (2004), “Eficiencia en la justicia”, en PÁSARA (comp.), pp. 455-512.

VARIOS AUTORES (1993), *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria (Proyecto de Capacitación, Gestión y Política Judicial).

VELJANOVSKI, Cento (1990), *The Economics of Law. An Introductory Text*, Londres, The Institute of Economic Affairs (Hobart Paper, 114).

VIDMAR, Neil (1984), “The Small Claims Court: A Reconceptualization of Disputes and an Empirical Investigation”, *Law and Society Review*, vol. 18, núm. 4, pp. 515-550.

——— (1987), “Assessing the Effects of Case Characteristics and Settlement Forum on Dispute Outcomes and Compliance”, *Law and Society Review*, vol. 21, núm. 1, pp. 155-164.

——— (1993), “Verfahrensgerechtigkeit und alternative Konfliktbewältigung”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 14, Heft 1, pp. 35-46.

VIDONI GUIDONI, Odillo (1997), “Quale giustizia per il giudice di pace? Un’indagine esplorativa”, *Sociologia del diritto*, vol. XXIV, núm. 2, pp. 93-137.

VINCENT, Jean *et al.* (1996), *La justice et ses institutions*, París, Dalloz.

VRSALOVIC MIHOEVIC, Juan (1991), “Una metodología para la distribución espacial de los tribunales”, en Corporación de Promoción Universitaria (ed.), *Proyecto de capacitación, formación, perfeccionamiento y política judicial. Administración de tribunales*, Santiago, CPU, t. II, pp. 163-224.

Voz y Voto (1996), “Entre abogados te veas”, *Voz y Voto*, México, núm. 41, julio, pp. 23-27.

WALCH, Matthew W. (1994), “Palmieri v. Estefan: Economic Inefficiency and Jurisdiction Over Foreign Affiliates in Nueva York”, *Law and Policy in International Business*, vol. 25, núm. 3, primavera, pp. 1059-1077.

WARGLIEN, Massimo y MASUCH, Michael (1996), *The Logic of Organizational Disorder*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter.

WASILEWSKI, Rainer (1990), *Streitverhütung durch Rechtsanwälte. Empirische Untersuchung von Umfang, Struktur und Bedingungen außergerichtlicher Beilegung zivilrechtlicher Streitigkeiten durch Rechtsanwälte*, Köln-Essen, Bundesanzeiger-Deutscher Anwaltverein (Anwaltsforschung, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz und von der Bundesrechtsanwaltskammer).

WEBER, Gordon (1993), *Die Verdrängung des Hauptsacheverfahrens durch den einstweiligen Rechtsschutz in Deutschland und Frankreich. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Stellung des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivilprozeß beider Länder*, Köln, Bundesanzeiger (Rechtstatsachenforschung, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz).

WEBER, Max (1984), *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, varios trad., 7a. reimpr. de la segunda edición española (1964), México, Fondo de Cultura Económica.

WEDEKIND, W. (ed.) (1989), *Justice and Efficiency. General Reports and Discussions for the Eighth World Conference on Procedural Law*

(Utrecht, 1987), Deventer-Antwerp-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers.

WELLER, Steven *et al.* (1990), "American Small Claims Courts", en WHELAN (ed.), pp. 5-23.

WELSH, Wayne N. y PONTELL, Henry N. (1991), "Counties in Court: Interorganizational Adaptations to Jail Litigation in California", *Law and Society Review*, vol. 25, núm. 1, pp. 73-101.

WHELAN, Christopher (ed.) (1990), *Small Claims Courts. A Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press.

WIBERA (1991), *Vergleichende Organisationsuntersuchung Verwaltungs/Finanzgerichte*, Köln, Bundesanzeiger (Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege).

WOLLSCHLÄGER, Christian (1989), "Die Arbeit der europäischen Zivilgerichte im historischen und internationalen Vergleich. Zeitreihen der europäischen Zivilprozeßstatistik seit dem 19. Jahrhundert", en BLANKENBURG (ed.), pp. 21-114.

——— (1991a), "Bagatelljustiz? Eine rechtshistorische, rechtsvergleichende und empirische Untersuchung zur Einführung des vereinfachten Verfahrens am Amtsgericht", en BLANKENBURG, LEIPOLD y WOLLSCHLÄGER (eds.), pp. 13-108.

——— (1991b), "Mehr Rechtsschutz ohne Zivilprozessrecht? Eine Prognose zum vereinfachten Verfahren in geringwertigen Streitigkeiten", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 12, Heft 2, pp. 248-273.

——— (1997), "Historical Trends of Civil Litigation in Japan, Arizona, Sweden, and Germany: Japanese Legal Culture in the Light of Judicial Statistics", en BAUM, Harald (ed.), *Japan: Economic Success and Legal System*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, pp. 89-142.

Yale Law Journal (1983), "The Inefficient Common Law", *Yale Law Journal*, vol. 92, núm. 5, abril, pp. 862-887.

YARNOLD, Barbara M. (1995), "Do Courts Respond to the Political Clout of Groups or to Their Superior Litigation Resources «Repeat Player» Status?", *Justice System Journal*, vol. 18, núm. 1, pp. 29-42.

YNGVESSON, Barbara y HENNESSY, Patricia (1975), "Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature", *Law and Society Review*, vol. 9, núm. 2, invierno, pp. 219-274.

ZAMORA, Stephen (1993), “The Americanization of Mexican Law: Non-Trade Issues in the North American Free Trade Agreement”, *Law and Policy in International Business*, vol. 24, núm. 2, invierno, pp. 391-459.

ZEMANS, Frances Kahn (1982), “Framework for Analysis of Legal Mobilization: A Decision-Making Model”, *American Bar Foundation Research Journal*, núm. 4, otoño, pp. 989-1071.

——— (1991), “In the Eye of the Beholder: The Relationship Between the Public and the Courts”, *Justice System Journal*, vol. 15, núm. 2, pp. 723-740.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo Raúl (1997), “Análisis económico de los costos de acceso a la justicia en los ámbitos federal y local (Estado de Jalisco)”, en Asociación Mexicana de Derecho y Economía (ed.), *Justicia con eficiencia. Memoria del Primer Congreso Anual de la Asociación Mexicana de Derecho y Economía. Abril de 1996*, México, AMDE, pp. 41-76.

ZUCKERMAN, A.A.S. (1995), “A Reform of Civil Procedure - Rationing Procedure Rather than Access to Justice”, *Journal of Law and Society*, vol. 22, núm. 2, junio, pp. 155-188.

——— (1999), “Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure”, en ZUCKERMAN, A.A.S. (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press, pp. 3-52.

——— y CRANSTON, Ross (eds.)(1995), *Reform of Civil Procedure. Essays on “Access to Justice”*, Oxford, Clarendon Press.

ZWIESELE, Rainer y BENDER, Rolf (1972), “Betriebswirtschaftliche Methoden und Vorschläge zur Verbesserung der Justizorganisation”, en BENDER (ed.), pp. 197-222.

ÍNDICE ANALÍTICO*

abogados 8s, 61s, 167, 177ss, 223, 231s, 253s, 290
honorarios profesionales de los 183, 230
véase también costas judiciales y procesales
acceso a la justicia 10, 12, 22s, 75, 127
acciones de grupo 58, 170s
administración véanse sistema judicial, gestión de tribunales
Alemana, República Democrática 178s, 241s
véase también Alemania
Alemania 1, 3s, 6n, 7n, 23n, 29s, 32s, 79n, 83, 86, 115, 132, 145, 150s, 157ss, 161, 172, 176ss, 184, 212n, 239ss, 274ss, 286s, 288ss, 292, 294, 301s, 303s, 312n, 316s
Bundesgerichtshof (BGH) 145, 172
modelo de Stuttgart 274n, 278s
Tribunal Constitucional Federal 150s
análisis económico del derecho (AED) 40ss, 49ss, 66ss, 86ss, 101, 105, 109
apelación 12, 14, 49, 137ss, 240
como corrección de errores 139ss
tasa de 138, 142ss, 153, 290
arbitraje 32, 81, 119, 126, 178s, 281
anexo al tribunal 84s, 128, 176n, 282ss
comercial internacional 29
véase también RAC
Argentina 2n, 11, 18, 293
Australia 313ss
Austria 16n, 292
Baltimore 229
Banco Interamericano de Desarrollo 28
Banco Mundial 28
Bélgica 16, 212n
bienestar, Estado de 21ss, 104
Brasil 2, 8n, 9n, 11n, 18, 293
burocratización véase tribunales
California 97, 225n
Canadá 2, 35, 188, 294
carrera judicial véase jueces
Chicago 229, 247ss
Chile 2, 11, 277n, 305s
civil, justicia 1, 2, 16, 47, 273ss

* Las abreviaturas “s” y “ss” después del número de página significan “siguiente” o “siguientes”, respectivamente. Las referencias a notas a pie de página se indican con “n” después del número.

Civil Litigation Research Project (CLRP) 76s, 79, 113s

class actions véase acciones de grupo

Coase, Teorema de 55n, 56s, 92s, 97

Colombia 2n, 11, 18, 136s, 296

common law (tradición del) 44ss, 57, 85s, 138n, 171n, 190, 209, 212n, 213s, 291, 274, 277ss, 300, 312, 323

conciliación 81, 119, 126, 128, 178s, 182, 186s, 191n, 281

conflictos 68ss, 75ss, 80ss, 113ss, 133ss, 182s

enfoque centrado en los 76s

“pirámide” de los 113ss

véase también resolución alternativa de conflictos (RAC)

Consejos de la Judicatura o Magistratura 220ss, 250ss, 296, 307

constitucionales, tribunales 135, 138, 150s, 169s, 220

contradicitorio, sistema 67, 81ss, 209, 214, 234, 323

véase también *common law*

controversias véase conflictos

Córdoba, Argentina 18s

corrección véase judiciales, resoluciones

corrupción 1, 2, 10, 26, 29

Costa Rica 2n, 279, 280

costas judiciales y procesales 126, 144, 187

véase también abogados

costos 11, 15, 28, 29ss, 76, 81, 174ss, 184ss

directos y por error 49ss, 67, 81 de oportunidad 50n

de transacción 27ss, 36, 56s, 64s, 68, 171

crisis en la administración de justicia 1ss, 13ss

cultura jurídica 32, 46, 99n, 132, 260 local 43, 200n

democrática, transición véase tribunales

Derecho de creación judicial véase también *common law*

desjudicialización 173, 191ss

Detroit 229

deudas, cobro de 157ss, 192ss

dilación 11, 14s, 16, 18, 51s, 129s, 136s, 143, 184ss, 225, 266ss, 277

programas de reducción 326s

véase también costos

Dinamarca 16n

Ecuador 18

efectividad 37ss

eficacia 12, 28

eficiencia 3, 12, 23, 28s, 37ss, 40, 49ss, 64, 80ss, 100ss, 129, 140ss, 169s, 191n, 203, 225, 228s, 235s, 301

adaptativa 27s

de Kaldor-Hicks 40n

de las resoluciones judiciales véase judiciales, resoluciones

de Pareto 27, 64

El Paso, Tejas 233

equidad véase justicia

error véase apelación, costos

escandinavos, países 16

España 1, 2, 3, 6n, 26, 212n, 218n, 220, 250, 299

Estados Unidos de América 2, 3, 8n, 10, 15, 20n, 35, 42, 67, 71s, 77, 86, 116, 124, 133, 135, 142, 144s, 146, 157, 162ss, 167n, 168, 183, 189s, 192ss, 209, 212, 214ss, 219n, 226ss, 238s, 247s, 255s, 266ss, 282ss, 292, 317n, 322, 326s

Federal Judicial Center 298, 312

Judicial Conference of the United States 296

National Center for State Courts 326

National Conference of Metropolitan Courts 326

Suprema Corte 116, 145, 148ss, 157, 164

tribunales estatales 15n, 135, 148, 192ss

tribunales federales 15, 133, 142, 144s, 148, 162ss, 168, 214s, 232s, 284s, 295, 298

United States Courts Administrative Office (USCAO) 295s

Europa 169, 220, 278

Occidental 10, 16, 42

Federal Judicial Center véase Estados Unidos

Filadelfia 234

“filtro, efecto de” véase resolución alternativa de conflictos (RAC)

Finlandia 1 6n

fiscales 74, 223, 227s, 230ss, 243s, 251ss, 270ss

Francia 1, 16, 83, 142, 169, 212n, 221n, 243s, 250, 253s, 257ss, 265n, 286s, 292, 297, 320

Cour de Cassation 167, 218n, 292

tribunaux de grande instance 142, 243ss, 257ss, 320

función judicial 58ss, 164, 201, 214, 220, 243ss, 261s

anticipada 134s

como bien público y privado 125ss, 155

como servicio 125s

dimensiones económicas 27ss, 66ss

ideal de la 235s

véase también tribunales

gestión 310ss

de asuntos 86, 209, 214, 264, 295, 322ss

de tribunales 258ss, 264, 291, 295, 310ss

globalización 11, 23ss, 28, 98

y derecho 24

grupo de trabajo judicial 77, 200n, 223, 227ss

Hamburgo 29, 33, 303ss, 318

Holanda véase Países Bajos

independencia judicial 59, 216, 220

India 292

Inglaterra y Gales 2, 7n, 16n, 114s, 158, 159s, 171n, 186s, 214n, 217, 269s, 277, 296, 303n, 320ss, 323n

internacionales, asuntos 29ss, 303s

- interorganizacional, enfoque 222s, 246
- Italia 2, 9n, 16, 26, 29, 33, 153s, 191n, 220, 236s, 250, 277n, 297n, 308s
 - Corte di Cassazione 153, 236s
 - Japón 14n, 143, 219n, 287
 - jueces 8s, 54ss, 63s, 167, 169, 181s, 197, 206s, 213ss, 223, 230ss, 238s, 241s, 244, 246ss, 253s, 259s, 303, 323ss
 - selección y carrera 207, 213, 218ss, 250, 300, 306ss
 - organizaciones patrocinadoras 247ss
 - judicial, función véase función judicial
 - Judicial Conference of the United States véase Estados Unidos
 - judiciales, resoluciones o sentencias 152ss
 - consistencia 153, 171ss
 - correctas 152s
 - eficiencia 14, 53ss
 - ejecución e implementación 155s, 170, 188s
 - publicación 166ss
 - juicios anticipados 134s, 165
 - justicia 63, 55, 100ss, 165, 169s, 235
 - como mercado 125ss
 - civil véase civil, justicia
 - penal véase penal, justicia
 - procesal 80ss, 101
 - Latina América 10s, 17s, 42, 169, 220, 266, 277n, 279s, 292
 - Law and Economics* véase análisis económico del derecho
 - legitimidad 7, 38
- leyes de juicios rápidos 266ss
- litigios 9s, 80ss, 122, 174ss
 - estudios longitudinales 76s, 131
 - explosión de los 13ss, 143
 - modelos económico y sociojurídico de los 49ss, 75ss
 - tasa de los 15, 114
 - y transacción o arreglo extrajudicial 51, 53, 66ss
- Los Ángeles 327
- maximización de la riqueza o bienestar 40n, 103
- mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC) véase resolución alternativa de conflictos (RAC)
- mediación 81, 119, 126, 281
- medios de comunicación 7, 20, 324n
- México 1, 2n, 3, 6n, 11n, 17, 35, 39, 115n, 143, 146ss, 170n, 172, 182s, 189s, 266n, 292ss, 292
 - Suprema Corte de Justicia 146s, 172
- Ministerio de Justicia 217s, 239, 296s
- ministerio público véase fiscales
- movilización del derecho 75ss
- negociación de penas 67, 74, 77, 79, 195, 227ss
- Noruega 16n, 212n
- Nueva York 29s, 32, 34, 270ss
- opinión pública 1, 3ss, 154
 - véase también medios de comunicación

- opiniones consultivas 135
- organizaciones, teoría de las 200ss
- Países Bajos 16n, 132, 176ss, 265n, 287s
- París 243
- penal, justicia 17, 47, 73s, 77, 79, 115, 136s, 191s, 198, 227ss, 255ss, 265ss
- Perú 2n, 11
- pirámide de los conflictos véase conflictos
- plea bargaining* véase negociación de penas
- policía 251ss
- Portugal 3, 16
- precedentes judiciales 60s, 135, 165ss
 - consistencia 171ss
 - publicación y difusión 166ss
 - véase también *stare decisis* y judiciales, resoluciones y sentencias
- Priest/Klein, modelo de 68ss
- procedimiento 261ss, 312
 - como sistema social 262
 - como organización 200, 262ss
 - escrito y oral 277ss
- procedimientos 261ss
 - aceleración de los 264ss, 273ss
 - ante juez único u órgano colegiado 288ss
 - duración de los véase dilación
 - simplificación de los 273ss
 - sumarios 286ss
 - y límites de tiempo 264ss
- procesal, justicia véase justicia procesal
- procesamiento, capacidad de 38, 111, 197ss
- profesión jurídica véanse abogados, jueces
- propiedad, derechos de 27, 28, 98
- provisionales, resoluciones 286ss
- Puerto Rico 2
- Quebec 2
- racionalidad
 - económica 43, 65, 66, 75, 96ss, 100ss, 109, 215s
 - véase también eficiencia organizacional 201ss, 215ss, 225s
- reforma de las prisiones 157, 162ss
- reforma judicial 2, 8, 23, 28s, 41, 51s, 214, 237, 254ss, 263
- reglas de competencia 32, 36, 117, 118, 120ss, 191
- Renania del Norte-Westfalia 132, 176
- resolución alternativa de conflictos (RAC) 10, 19, 119s, 123, 127ss, 155, 173, 174ss, 184ss, 191n, 281ss, 325
 - análisis económico de la 174ss, 281s
 - comparada con el litigio judicial 184ss
 - efecto de filtro 119, 132, 173, 176ss, 185s, 195
- rezago véase dilación
- roles organizacionales
- romanista, tradición jurídica 6, 44ss, 57n, 68, 85s, 189, 207, 209, 213, 217ss, 264, 277ss, 300, 312, 323s

selectividad 38, 111, 113ss, 136s, 145, 164
 en la justicia penal 115, 136ss
 horizontal 115, 119, 173ss
 vertical 115, 118s, 133ss
 y reglas de competencia 120ss

servicios judiciales 14, 240s, 313ss
 oferta y demanda 19, 100, 116ss, 125ss
 satisfacción 188s

sistema judicial 222s, 292ss
 administración y gobierno 290ss
 diseño y organización 290ss
 en países federales 292s
 véase también tribunales

social, sociología 13, 80ss

sociología 13, 41
 del derecho 9ss, 13, 41, 43, 75ss, 86ss, 109

speedy trial laws véase leyes de juicios rápidos

stare decisis 166, 171n
 véase también precedentes judiciales y judiciales, resoluciones y sentencias

tradiciones jurídicas véanse romanista, tradición jurídica y *common law*

transacción véase litigios

costos de véase costos de transacción

Tratado de Libre Comercio de América del Norte 35, 99n, 189s

Tribunal Europeo de Justicia 35

tribunales
 administrativos 157, 161s, 316

burocratización y profesionalización 206, 209ss

cargas de trabajo 13ss, 22, 126ss, 214s, 228, 231, 298, 325

causas pequeñas 122ss, 188s, 191, 193n

como organizaciones (profesionales) 77s, 100, 197ss, 205ss

como organizaciones de servicio 313ss

civiles véase civil, justicia

competencia mixta o especializada 300ss

distribución territorial de los 304ss

especialización 191

en el Estado de bienestar 22s

funciones 3, 21s, 25, 27ss, 120ss, 164s, 208, 220

internacionalización 34s

organización interna 236ss

papel económico 26, 27ss

penales véase penal, justicia

roles organizacionales en los 243ss

supremos 145ss, 154, 157, 167

y democracia 25s

y legitimidad véase legitimidad

y opinión pública véase opinión pública

y políticas públicas 21s, 162ss

Uruguay 207, 243, 279s

USCAO véase Estados Unidos de América

utilitarismo 63, 101, 103

Venezuela 2n