

CAPÍTULO I. PREMISAS TEÓRICAS Y CONCEPTUALES

1. EL PUNTO DE PARTIDA

Douglass C. North, historiador de la economía y destacado representante de la llamada escuela "neoinstitucionalista", además de Premio Nobel de Economía en 1993, sostiene en una obra reciente

North (1990). Sigo en lo posible la traducción al español (1993).

la tesis de que la evolución de las instituciones es la clave que explica las diferencias en el rendimiento de las economías a través del tiempo.

Sobre el papel de las instituciones desde un punto de vista económico véase también Mercuro (1989) y Schanze (1986).

North define a las instituciones como "las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, como las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana". En consecuencia, las instituciones estructuran los incentivos y reducen la incertidumbre en el intercambio humano, ya sea político, social o económico.

North introduce también una importante distinción entre "organizaciones" e "instituciones".

(1990: 4 y ss.) (1993: 15 y ss.).

Al igual que las instituciones, las organizaciones (en el caso de la economía, las empresas) también proporcionan una estructura para la interacción humana y más específicamente se trata de "entidades que han sido ideadas por sus creadores con el propósito de maximizar la riqueza, el ingreso u otros objetivos definidos por las oportunidades que brinda la estructura institucional de la sociedad".

North (1993: 73) (1993: 99).

En otras palabras, cuáles organizaciones surgen y en qué forma evolucionan es algo que depende fundamentalmente del marco institucional. Al mismo tiempo, las organizaciones influyen en la evolución de este marco institucional. La interacción entre organizaciones e instituciones es la que determina la dirección del cambio institucional.

Como consecuencia de esta distinción, se plantea paralelamente otra entre dos tipos de eficiencia: a la eficiencia económica distributiva tradicional o paretiana (allocative efficiency) puede contraponerse una eficiencia adaptativa (adaptive),

que se refiere a los tipos de reglas que conforman el modo en el que una economía se desarrolla en el tiempo, pero también a "la inclinación de una sociedad a adquirir conocimiento y a aprender, a inducir innovación, a correr riesgos y a realizar una actividad creadora de toda especie, así como a resolver problemas y cuellos de botella a través del tiempo".

North (1990:80-81) (1993:108).

La conclusión es, pues, que las instituciones deben ser eficientes en el segundo sentido. El problema es que "no son creadas (necesaria ni siquiera habitualmente) para ser eficientes socialmente; más bien estas instituciones, o cuando menos las reglas formales, son hechas para servir a los intereses de quienes tienen el poder de negociación para idear nuevas normas".

(1990:16) (1993:29).

A la pregunta de cómo se logran instituciones eficientes, North contesta que "una entidad política (polity) obtiene instituciones eficientes cuando posee incentivos internos para establecer y hacer cumplir derechos de propiedad eficientes".

(1990:140) (1993:179).

Claramente la administración de justicia sería, conforme al planteamiento de North, una de las instituciones que, a través de la intervención de un tercero imparcial con facultades coactivas, se ocupan de vigilar el respeto de los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos. Se trata, empero, de una institución esencial en un mundo de transacciones económicas complejas, impersonales y repetidas.

North (1990:54 y ss.) (1993:76 y ss.). A tal punto es importante esta función, que nuevamente North insiste en que en la falta de un sistema eficaz y barato de ejecución obligatoria (enforcement) de los contratos radica una de las causas del estancamiento histórico y del subdesarrollo contemporáneo del Tercer Mundo.

Sin embargo, ¿cuándo podemos considerar "eficiente" la institución llamada "justicia"? La respuesta de North parece insuficiente a primera vista, en la medida que las funciones de la justicia no parecen agotarse en las que él menciona. Para profundizar en esta cuestión, hemos de adentrarnos por ello primero en la forma como se ha tratado de introducir el concepto de eficiencia en el ámbito jurídico.

2. EFICIENCIA, DERECHO Y JUSTICIA

A. *El concepto de eficiencia en la teoría económica*

La llamada "economía del bienestar" se ocupa del "mejor" uso -lo que significa tanto "eficiente" como "equitativo"- de los recursos escasos. Como criterio de evaluación de la eficiencia, la teoría económica utiliza, entre otros,

Sobre los distintos criterios de eficiencia: Coleman (1980).

el llamado "óptimo de Pareto", el cual se alcanza cuando no es posible cambiar una asignación determinada de recursos que mejore la posición de un sujeto sin perjudicar la de otro. La teoría supone que en un mercado de competencia perfecta, donde no hay externalidades (efectos sobre la utilidad de terceros) ni fallas debidas a la incertidumbre, la asignación resultante de recursos será óptima en el sentido de Pareto.

Beardshaw (1992: 347-350).

Lo que nos interesa destacar por ahora en este concepto es la idea de que una asignación eficiente de recursos lo es sólo en relación y en comparación con otra, es decir, el análisis se hace siempre en términos de alternativas, y esto es inevitable, puesto que los recursos son, por definición, escasos.

Cfr. Rossi/Freeman (1993: 366). Por eso también es importante en la economía el concepto de los llamados "costos de oportunidad", que son aquellos que surgen de la decisión de dedicar recursos a un uso y no a otro (por ejemplo, la decisión de seguir estudiando en lugar de entrar al mercado de trabajo). Véase Rhoads (1985: 11 y ss.).

B. *El análisis económico del derecho*

a) Problemas y extensión

El llamado "análisis económico del derecho" (en adelante: AED)

Como obras introductorias pueden consultarse Veljanovski (1990), Polinsky (1985), Hirsch (1988), Pastor (1989) y Roemer (1994). pretende aplicar los conceptos de la teoría económica en el campo de las normas jurídicas. Específicamente, se ocupa de tres problemas:

Romani (1990: 247). -el examen de los efectos económicos de las reglas jurídicas; -la búsqueda de las reglas jurídicas eficientes, desde el punto de vista económico; -la explicación económica de por qué las reglas jurídicas son como son.

Para entender por qué la teoría económica, al analizar los problemas de su propia disciplina, ha comenzado a interesarse por el derecho, Romani (1990: 245 y ss.). es necesario introducir otros conceptos económicos centrales, que se refieren precisamente a las situaciones en que el uso de los recursos no es eficiente, fundamentalmente porque no hay un mercado o porque, existiendo el mercado, éste es imperfecto.

La teoría económica supone que donde existe un mercado con competencia e información perfectas, el intercambio es por necesidad eficiente.

Estos conceptos son los de "externalidad" negativa y de "bienes públicos".

Véase, por ejemplo, Varian (1991: caps. 30 y 31) y Ordeshook (1986: 210 y ss.).

Existe una externalidad negativa cuando un acto de producción o consumo tiene efectos perjudiciales en la utilidad de otros. Bienes públicos son los que se suministran en igual cantidad a todos los consumidores (ejemplo, la seguridad pública) o, más precisamente, aquéllos que si son producidos por una persona o empresa, los demás pueden consumirlos gratuitamente o a un costo marginal de cero.

Las externalidades negativas y los bienes públicos crean divergencias entre costos sociales y costos privados,

En otras palabras: que la sociedad asume costos generados por los individuos y viceversa. es decir, ineficiencias que requieren la intervención pública. En este sentido, una función económica del derecho, en general, y de la administración de justicia, en particular,

Se da aquí por supuesto que las funciones del derecho y la justicia coinciden (véase, infra, III, 2). consiste en regular y compensar, por un lado, los efectos dañinos de las externalidades (por ejemplo, a través del mecanismo de la responsabilidad), y, por el otro, en determinar las condiciones de producción y acceso a los bienes públicos. En otras palabras: el derecho contribuye a restablecer la eficiencia que el mercado no es capaz de crear por sí mismo. En este sentido es que se ha buscado el principio y la justificación del llamado "Estado intervencionista".

Sobre los casos en que se justifica o no la intervención pública: Rhoads (1985:113 y ss.).

Sin embargo, la intervención pública a través del derecho y la justicia puede ser ella misma ineficiente, es decir, es posible que signifique una asignación no óptima recursos, ya sea porque los costos superan a los beneficios, o bien, porque, aunque los beneficios superen a los costos, existan otras instituciones o mecanismos más eficientes. Así, pues, la pregunta es ahora: ¿cómo podemos evaluar la eficiencia del derecho y de la administración de justicia?

Para dar una respuesta a esta pregunta podemos recurrir a la idea de los llamados "costos de transacción", que son los costos que afectan las

comunicaciones y negociaciones necesarias para lograr un acuerdo, como por ejemplo, la búsqueda de información.

La teoría económica supone que el acuerdo es la forma eficiente de intercambio cuando hay un aumento de utilidad para ambas partes.

La presencia de costos de transacción es una causa de ineficiencia.

Esta es la principal consecuencia del famoso "teorema" de Coase. Véase Polinsky (1985:23-26).

En estos términos, diríamos que el derecho y la administración de justicia son (económicamente) eficientes si contribuyen a reducir los costos de transacción. Así, por ejemplo, la existencia de precedentes judiciales (que son bienes públicos) puede reducir los costos de transacción al aumentar la certidumbre en la celebración de acuerdos privados.

Inclusive podemos concebir en estos términos la función de la justicia penal: reduce los costos de transacción al aumentar los costos de obtener bienes o servicios por medios distintos al acuerdo o la negociación.

Sin embargo, se requiere adicionalmente que esta reducción de costos sea mayor que los costos en tiempo y dinero causados por el propio funcionamiento del derecho y la administración de justicia.

Recurrir a los tribunales implica costos en tiempo y dinero, como por ejemplo, las tasas o costas judiciales; los honorarios de los abogados; la duración del procedimiento y la situación de incertidumbre (costos de oportunidad), etcétera.

La administración de justicia, específicamente, constituye, en términos económicos, un servicio cuya oferta no es posible aumentar ilimitadamente, por lo que se plantean básicamente dos opciones para hacerla eficiente:

Una de ellas consiste, paradójicamente, en aumentar los costos de acceso, porque esto hace más barato el acuerdo (y los mecanismos alternativos); Pastor (1993:237). Así, obtiene el servicio quien más lo valora y está dispuesto a pagar más por él.

Cfr. Cooter/Rubinfeld (1990:537): "Una controversia jurídica se resuelve eficientemente cuando los derechos se asignan a las partes que los valoran más, las responsabilidades se asignan a las partes que pueden soportarlas al menor costo, y los costos de transacción se minimizan".

La otra supone que el acuerdo y el obstáculo económico al acceso pueden ser injustos

Recuérdese la clásica distinción, introducida por Aubert, entre "competencia" y "disenso", para caracterizar dos clases de conflicto: el conflicto de intereses y el conflicto de valores. El primero puede ser objeto de negociación, el segundo no, pues si la sociedad apoya a uno de sus miembros garantizándole un derecho

¿por qué ha de renunciar a él? Cfr. al respecto Friedman (1975:228-234) y Ferrari (1989:183-184).

(lo que se traduce en otro tipo de costos sociales) y por ello hay que reducir en principio los costos del acceso y del funcionamiento del orden jurídico y la justicia, aunque aumenten otros (como el tiempo en la "cola"), pues éstos se compensan por el carácter de bien público de ese acceso

Longan (1993) aporta argumentos económicos (fundados en el carácter de bien público que tiene la administración de justicia), según los cuales no es conveniente que todos los litigios se resuelvan por acuerdo, ya que un acuerdo eficiente y justo depende de que las partes se guíen por las posibilidades de ganar o perder ante un tribunal, y esto sólo es posible si los tribunales efectivamente resuelven conflictos y elaboran y desarrollan las reglas y los lineamientos que gobiernan la solución.

y por la satisfacción de necesidades no económicas.

Tenemos aquí ya un primer indicio de la aparente oposición entre valores de distinto tipo (económicos y "sociales"). Hemos de profundizar en este punto a través de la crítica del concepto de eficiencia económica aplicado al derecho y la justicia, que desarrollaremos en los siguientes apartados.

b) El problema de la situación inicial

Un límite del AED consiste en que valora el grado de eficiencia de un determinado acervo normativo a partir de una cierta distribución de derechos existente en un momento dado en la sociedad. Sin embargo, el juicio sobre la eficiencia no es posible si las situaciones iniciales no son tomadas en cuenta: "eficiente es lo que se conforma a los deseos de las personas, y los deseos dependen de lo que se tiene al inicio".

Calabresi (1990:49 y ss.) va más allá y sugiere incluso que la eficiencia paretiana no se sostiene, ya que no es posible pensar que en una modificación ventajosa para un número limitado de sujetos que no sea necesariamente desventajosa para los demás (así sea sólo por la envidia que generaría). Por otro lado, aunque pueda concebirse una situación óptima, ésta resulta muchas veces inalcanzable en la práctica. Tampoco el "teorema de Kaldor-Hicks", conforme al cual es eficiente la modificación de una situación inicial si la ganancia para algunos sujetos es superior a las pérdidas de los demás, resuelve el problema, ya que para el derecho las posiciones de ambos grupos no son equivalentes.

Lo anterior significa que la situación inicial debe ser valorada de algún modo no económico, y sólo un juicio favorable en tal sentido permitiría realizar un análisis ulterior en términos de eficiencia.

De ello podríamos deducir una primera consecuencia importante: que aplicar el concepto de eficiencia a la administración de justicia sólo tendría sentido cuando el sistema de que se trate se considere, en principio, como "aceptable" (por ejemplo, si cumple en mayor o menor grado con sus funciones, o con algunas de ellas, como quiera que éstas se definan), de modo que entonces pueda

plantearse la búsqueda de alternativas que optimicen recursos y prácticas. El criterio de valoración podría ser alguna forma de consenso en un grupo específico de actores interesados o alguna función determinada de manera objetiva. Ambos supuestos implican a la "política" en sentido amplio.

Henckel (1991: 329 y ss.) observa que la exigencia de mayor eficiencia a la justicia brasileña tiene que tomar como punto de partida las funciones que la justicia cumple, y puede cumplir, en el Brasil. No es previsible, por ejemplo, que la eliminación de las barreras traiga mayor acceso a los sectores pobres de la población, marginados también por factores de tipo social y cultural.

c) El *trade-off* entre eficiencia y justicia

Numerosos exponentes y críticos del AED señalan que existe una contradicción, compromiso o relación inversa (*trade off*) entre eficiencia y justicia (concebida, por ejemplo, como igualdad) en una situación determinada.

Véanse, por ejemplo, Polinsky (1985: 19-22 y 123-131), Calsamiglia (1988), Calabresi (1990), Savona (1990: 269 y ss.), Seron (1990), Herrero (1993). Así, por ejemplo, la rapidez de un proceso judicial afecta las posibilidades de una o ambas partes, y las leyes procesales representan el compromiso entre ambos principios.

De "justicia" podemos hablar, por lo menos, en dos sentidos en este contexto:

Sobre la discusión actual del concepto, desde los más diversos puntos de vista: Scherer (1992).

-como calidad o contenido de las decisiones de justicia ("justicia distributiva");
-como "justicia procedural", es decir, como las condiciones justas que debe seguir un procedimiento para llegar a una decisión.

El primer sentido resulta relevante para nuestro problema en la medida que las decisiones "erróneas" provocan costos y requieren mecanismos para su revisión y corrección.

Esta es una de las funciones que se atribuyen al mecanismo de la apelación en el sistema judicial. Cfr. Gilles (1992). Sobre los llamados error costs: Bayles (1990: 117 y ss.). Para una visión económica de la justicia distributiva: Schokkaert (1992).

Sobre el segundo concepto existe un creciente interés y una amplia investigación empírica.

Véanse Lind/Tyler (1988) y Tyler (1990), la excelente introducción a la temática de Röhl (1993a), así como, desde el punto de vista sociojurídico: Arts/van der Veen (1992: 163 y ss.).

Ello tiene que ver con el hecho de que el concepto de justicia se ha "procedimentalizado" (no solamente en relación con el proceso judicial) ante la falta de consenso sobre los criterios materiales para la decisión y en vista de los

problemas de aceptación de la misma por sus destinatarios, hasta el grado de que la justicia procedural parece sustituir a los criterios de la justicia distributiva.

Röhl (1993a).

La justicia procedural es relevante para el problema de la eficiencia en dos sentidos: positivamente, cuando es capaz de generar legitimidad, reduciendo los costos de obediencia e implementación de las decisiones;

Sobre este problema pueden verse Blankenburg/Voigt (1987) y Raiser/Voigt (1990).

negativamente, en cuanto las formas constituyen un límite a la instrumentalización y la racionalización crecientes (esto es, a la eficiencia) de cualquier procedimiento.

Sobre las relaciones entre justicia distributiva y justicia procedural: Schmidt (1993).

d) Hacia la eficiencia social de la justicia

Para no quedarse en la mera contraposición entre eficiencia y justicia, podría intentarse elaborar un concepto más general de lo que se llamaría la eficiencia "social" del derecho, que combine u optimice a la vez ambos valores.

Cfr. Hirsch (1988:6), Calabresi (1990) y Savona (1990).

La premisa necesaria es concebir de algún modo al derecho como un sistema de distribución de valores (escasos)

Véase Friedman (1975:20-24) y Tarello (1988:219-234).

o incluso como una gigantesca "máquina de precios", que establece incentivos o desincentivos a las conductas humanas.

Veljanovski (1990:7).

Algunas corrientes de la filosofía jurídica, sobre todo en polémica con el utilitarismo, se ha negado siempre a "funcionalizar" o a "instrumentalizar" sin límites los valores del derecho en favor de las consideraciones de la economía y el bienestar. En consecuencia, se niega que el concepto de eficiencia sea relevante para el análisis jurídico.

En estos términos se planteó una interesante polémica entre el teórico y filósofo del derecho Ronald Dworkin y los exponentes del AED Richard A. Posner y Guido Calabresi. Véanse: Posner (1979), Dworkin (1980a y b) y Calabresi (1980 y 1990), así como Coleman (1980). En lo particular, Calabresi (1980) niega que exista una oposición o trade off entre eficiencia y justicia (se trata de objetivos

o valores de orden distinto), sino que esta última define el marco en que aquélla es posible (una especie de poder de voto o de prueba).

Sin embargo, al margen de la discusión filosófica o teórica sobre la justicia como valor, los conceptos de "eficiencia", de "costo" u otras equivalentes o afines, son imprescindibles siempre que se plantea el problema de evaluar, mediante criterios racionales, el funcionamiento de un aparato organizado (como lo es la administración de justicia) que utiliza recursos sociales escasos.

Hazard, Jr. (1965) apunta la inescapable necesidad de "racionar" un servicio que, por su esencia, pareciera que debe estar excluido del cálculo económico ordinario, pero que, al implicar la asignación de recursos colectivos a una determinada finalidad, en nada se diferencia de otros programas de bienestar social.

e) Recapitulación

Podemos recapitular los problemas tratados hasta este momento mediante las siguientes proposiciones:

-no puede hacerse un juicio sobre la eficiencia de la administración de justicia sin considerar la situación inicial, lo cual significa una valoración previa (no solamente económica) de intereses y objetivos; -en términos generales, puede considerarse que existe un trade off o relación inversa entre los valores "eficiencia" y "justicia", ya sea que esta última se entienda como valor del contenido de una decisión o como procedimiento legítimo para alcanzar aquélla; -es posible plantear la cuestión de la eficiencia "social" del derecho como combinación u optimización de ambos valores, lo cual remite nuevamente a la necesidad y la legitimidad de las decisiones colectivas (políticas); -el problema de la eficiencia de la justicia no puede plantearse sin aceptar que el derecho funciona como sistema de generación y distribución de valores escasos.

3. EFICIENCIA ORGANIZACIONAL Y EFICIENCIA INSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA

A. *La eficiencia organizacional de la justicia*

La teoría y la sociología de las organizaciones podrían ser relevantes para plantear el problema de la eficiencia de la justicia en varios sentidos.

Como punto de partida, debemos preguntarnos si es posible concebir a la administración de justicia (en especial, a los tribunales) como un fenómeno de organización formal,

Por organización formal pueden entenderse aquellos sistemas en los que la membresía está asociada al reconocimiento o aceptación forzosa de un complejo de expectativas. Cfr. Luhmann (1976: 36-38).

pues hay razones para pensar que algunos de los conceptos centrales de la teoría de las organizaciones son difícilmente aplicables a ella, o bien, que son de insuficiente valor explicativo en este campo.

Este argumento es relativo en la medida que dicha teoría se modifica e incorpora nuevas conceptualizaciones. Algunos argumentos que desaconsejan el enfoque organizacional en relación con los tribunales en Mohr (1976). Sobre las ventajas: Jacob (1983).

En particular, la función judicial parece dominada por criterios profesionales, donde la subordinación jerárquica y la rutina parecen incluso contrarios a la esencia misma de esa función, que es la de decidir casos con fundamento en el orden jurídico.

Una prueba indirecta de lo dicho sería la relativa escasez de estudios que utilizan implícitamente o explícitamente la perspectiva organizacional a la administración de justicia (tribunales). Curiosamente, la mayoría de estos trabajos se refieren al campo de la justicia penal (en los Estados Unidos). Véase la reseña de dichos estudios en Ballé (1979) y Jacob (1983). Para este último autor, las numerosas investigaciones que sólo están próximas a esa perspectiva hubieran podido ir más lejos de haberla aprovechado conscientemente.

Sin embargo, técnicamente hablando, los tribunales y los órganos de la justicia son organizaciones, si definimos éstas como conjuntos de roles formales y especializados que interactúan con vistas a la consecución de un objetivo.

Cfr. Peña González (1993) y Jacob (1976 y 1983). Aparte de estos trabajos y los citados en las dos notas anteriores, también hacen referencia a los aspectos organizacionales de la administración de justicia o aplican el enfoque organizacional: Bender/Wax (1972), Blankenburg/Wolff (1972), Zwiesele/Bender (1972), Feeley (1973), Heydebrand (1977), Feeley (1979), Ryan et al. (1980), Clark (1981), Emsellem (1982), Blankenburg (1982), Bauer/Blankenburg/Treiber (1983), Feeley/Lazerson (1983), Fucito (1989), Heydebrand/Seron (1990), Seron (1990), Martin/Maron (1991), Ackermann/Bastard (1992), Röhl (1993b), Ackermann/Bastard (1993), Raine/Wilson (1993), así como algunas contribuciones al "análisis estructural de la administración de justicia", que se discuten más adelante (*infra*, III, 1, b).

Por ello, en lo que sigue desarrollaremos algunos de los aspectos y problemas que plantea la aproximación organizacional a la justicia y, en particular, su consideración como fenómeno administrativo-burocrático o profesional; la unidad de análisis y el enfoque interorganizacional; y el aspecto cultural.

a) Los tribunales como fenómeno administrativo-burocrático

Para la sociología clásica, la jerarquía y la especialización de funciones convierten al fenómeno burocrático en la forma necesaria y superior de organización social en el ambiente de una economía capitalista, debido a sus propiedades de racionalidad, calculabilidad, rutina, y especialización.

Crozier (1985), Burns/Flam (1987: 213-240).

Sin embargo, en esta concepción del fenómeno de la burocracia hay una ambigüedad, por la que las cualidades mismas de esta forma de organización constituyen al mismo tiempo sus defectos más graves, como la deshumanización y los juegos de poder.

Esta ambigüedad se encuentra ya en la obra del propio Max Weber y en su célebre metáfora de la "jaula de hierro" de la racionalidad burocrática.

Ambos aspectos pueden apreciarse, como tendencia, en los tribunales modernos. Por ejemplo, David S. Clark ha constatado en la evolución de la justicia federal norteamericana del siglo XX una tendencia de desviación de la forma "típica" de resolución judicial (sentencia contenciosa) hacia formas propiamente administrativas de tratamiento de los asuntos, como la mediación, la conciliación y la negociación.

Clark (1981). Heydebrand/Seron (1990) desarrollan el mismo argumento. Por otra parte, Shapiro (1981:8 y ss.) hace notar que siempre ha habido estas formas de actuación de los tribunales, como parte de un continuum en las formas de solución de conflictos. Pero de lo que se trata aquí es demostrar la extensión del fenómeno (mediante el uso de estadísticas) así como de evaluarlo en términos de política judicial.

Esta tendencia sería el resultado de la interrelación de tres factores o fuerzas, una de las cuales es la necesidad de mayor eficiencia en una situación de crecientes cargas de trabajo,

Los otros dos son el cambio en la composición de los litigios y el surgimiento de los litigios de derecho público, con los consiguientes problemas de política (policy).

Lo que trae consigo las formas típicas de gestión burocrático-administrativa. El movimiento del llamado court management y la figura de los managerial judges son una manifestación de estas nuevas necesidades de la justicia.

Véase el número monográfico sobre court management en Estados Unidos (*The Justice System Journal*, vol. 15, núm. 2, 1991) y el documentado trabajo de Röhl (1993b). Sobre los managerial judges, o jueces administradores, en Estados Unidos, así como sobre la amplia discusión en ese país respecto de tal fenómeno, desde un punto de vista más bien negativo: Resnik (1982) y Fiss (1983). No hay que perder de vista que se trata de un debate dentro de una familia jurídica, donde la concepción tradicional del juez desalienta su intervención activa en la "administración" del conflicto.

La otra cara de la burocracia también se expresa en la evaluación de la justicia, sobre todo cuando se alega que la burocratización se produce a costa de la justicia sustantiva;

Heydebrand/Seron (1990). Véase la reseña crítica de McIntosh (1993) y la respuesta de los autores (Heydebrand/Seron, 1993). Clark (1981) resume los

extremos de la discusión. Por supuesto, siempre es posible negar esa pérdida: el antiguo presidente de la Suprema Corte de Estados Unidos, Warren Burger, afirmaba que el aumento de eficiencia se traduce en mayores oportunidades para la justicia sustantiva, sobre todo para quienes no tienen acceso habitual a ella.

o incluso, que las cualidades mismas de la administración burocrática, como la rutina, acaban por invertir su sentido y se convierten en sinónimo de disfunción.

Respecto de la justicia argentina: Fucito (1989). Crozier (1985:239) termina por decir que "un sistema de organización burocrática es un sistema de organización incapaz de corregirse en función de sus errores y cuyas disfunciones se han convertido en un elemento esencial del equilibrio".

b) La justicia como organización profesional

La administración de justicia presenta indudablemente un elemento profesional, representado ejemplarmente por el juez. Precisamente por ello se ha puesto en duda que los tribunales puedan concebirse como organización burocrática tradicional.

Mohr (1976) prefiere, por tal motivo, centrarse en el elemento decisional, ya que la sola estructura organizacional no es capaz de explicar las diferencias en las decisiones.

Sin embargo, queda por saber cuál es el lugar que ocupa dicho elemento en el aparato de la justicia y la extensión de su influencia sobre él.

Ferrarese (1984:129-143) plantea el problema de la identidad profesional de los jueces dentro de la institución judicial.

Podría pensarse que ciertas características de las profesiones, como el saber especializado que les confiere autoridad y autonomía, constituyen una diferencia entre la justicia y el tipo tradicional de organización burocrática. Sin embargo, la diferencia sigue siendo poco nítida, no sólo porque la justicia se ha venido burocratizando, como ya se dijo,

Shapiro (1981:20 y ss.) pone de relieve la afinidad entre las tareas administrativas y las judiciales.

sino porque la burocracia tradicional, a su vez, se ha ido profesionalizando progresivamente. Incluso puede considerarse que toda organización combina modelos de racionalidad, valores, objetivos, técnicas y estructuras burocráticas y profesionales.

Arts/van der Veen (1992:170 y ss.) pasan revista a algunos de los modelos propuestos en este sentido.

En realidad, es difícil distinguir en los tribunales las funciones administrativas-burocráticas y las propiamente profesionales. Lo que es claro es que unas tienen influencia en las otras. Aunque la forma en que esto sucede es compleja, los

constreñimientos administrativos afectan el contenido jurídico de las decisiones de justicia, o lo que es lo mismo, las decisiones, contra lo que pueda opinar la doctrina jurídica tradicional, no se derivan exclusivamente de un razonamiento profesional.

En este sentido podrían interpretarse los resultados del estudio de CIDAC (1994:65-80) sobre la creciente formalización del juicio de amparo ante los tribunales federales mexicanos, esto es, la creciente proporción de juicios desechados (sobreseídos) por motivos formales en los años cuarenta y cincuenta, como consecuencia del aumento de las demandas, pero sin un crecimiento proporcional del número de jueces y tribunales. Por otro lado, la selectividad y el uso de mecanismos distintos a la sentencia en la resolución de las demandas judiciales es un fenómeno generalizado.

Por todo ello se podría hablar de la justicia como de una organización profesional

Blankenburg/Wolff (1972) y Röhl (1993b:13-16). Se ha llegado a considerar en la teoría sociológica que existe un conflicto entre los principios de las profesiones y la organización burocrática. Sobre este problema véase Davies (1983), que combina tres planos o elementos: el organizacional propiamente dicho, el administrativo y el profesional.

Bauer et al. (1983), Feeley (1979) y Emsellem (1982).

Concebir en todo caso el elemento profesional en la justicia como una forma particular de autoridad situada en la frontera entre la forma de autoridad burocrática y la del experto y que combinan, por tanto, elementos de ambas,

Así Beckman (1990:125 y ss.).

permite replantear el problema en términos de la "eficiencia social relativa" de los diferentes tipos de autoridad en una sociedad dada.

Beckman (1990:134 y ss.).

Esto significa que el problema requiere ser tratado también en el plano institucional y funcional de la justicia.

c) La unidad de observación y el enfoque interorganizacional

Si la justicia puede examinarse como fenómeno organizacional, ¿cuál es la unidad de observación adecuada?

Herbert Jacob sugiere tomar como unidad de observación a la "sala del tribunal" (courtroom organization) y no al sistema judicial (court system), pues se trata de la "unidad de trabajo, la unidad donde ocurren las interacciones, y la unidad que produce un proyecto identificable".

(1976:157). Ballé (1979:132) toma como unidad al tribunal (tribunal de grande instance), que se impone como tal por especificaciones de la misma ley.

El sistema judicial, en cambio, es sólo una construcción intelectual abstracta, que en todo caso puede ser útil para ciertos propósitos.

Sin embargo, esta perspectiva, que puede considerarse correcta en principio, pues son las interacciones concretas de los actores las que deciden la marcha cotidiana de la justicia, puede presentar dos dificultades. La primera se refiere al tipo de proceso en función del cual se escoge dicha unidad. La propuesta de Jacob es más apropiada en el ambiente del proceso "adversarial" angloamericano, donde buena parte de la interacción se da entre actores presentes. Por ello, la propuesta deba modificarse para tomar en cuenta un modelo de proceso fundamentalmente escrito, donde las interacciones no son inmediatas o se encuentran fragmentadas.

La segunda dificultad es sugerida por el mismo Jacob cuando apunta que la mayoría de los actores en el tribunal pertenecen a otras organizaciones y por lo tanto tienen lealtades divididas, aunque la "carga de trabajo, las condiciones de trabajo, y su producto son resultado de sus interacciones en la sala del tribunal más que de las directrices de sus organizaciones matrices".

(1976:157-159).

En todo caso, el tribunal debe reconciliar o superar las orientaciones concurrentes de sus miembros, así como compartir orientaciones de trabajo con otras organizaciones.

El punto anterior nos lleva a considerar la pertinencia de un análisis interorganizacional,

Sobre la problemática general de este análisis y sus perspectivas actuales: Calás/MacGuire (1990).

el cual presentaría los distintos modos de interacción e intercambio (cooperación/conflicto) entre organizaciones relativamente autónomas que persiguen intereses, objetivos y rationalidades distintas.

Feeley/Lazerson (1983) exploran la utilidad de este enfoque para examinar las relaciones entre la policía y los fiscales (prosecutors) en el modelo de justicia penal de los Estados Unidos.

En particular, aunque el análisis se hace más complejo, esta perspectiva puede ayudar a entender de qué manera los resultados del proceso judicial son configurados en forma significativa por actores que se encuentran fuera de la organización judicial o del grupo de trabajo del tribunal.

Feeley/Lazerson (1983:218). Martin/Maron (1991) proponen el modelo de red para caracterizar las relaciones entre los tribunales y los demás actores organizados.

d) El aspecto "cultural"

Desde hace algunos años, el concepto de cultura ha ido adquiriendo relevancia creciente en los estudios y teorías organizacionales. Aunque el concepto no se ha utilizado siempre en su sentido propio (sociológico o antropológico),

Adams/Ingersoll (1990: 16-17).

lo que se trata es de dar cuenta de aquellos aspectos de las organizaciones que los enfoques racionalistas y funcionalistas tradicionales, dominantes sobre todo en el análisis de las organizaciones económicas, no explican satisfactoriamente.

Los estudios organizacionales se referían anteriormente a las "relaciones informales". En la economía, se acudió a la explicación cultural en la economía en relación con el sorprendente éxito de los países del Este asiático. Sobre el elemento cultural en la economía: Holton (1992) y Clegg (1990: 107-152), quien pone en guardia contra las explicaciones "infrasocializadas" o "sobresocializadas". Para mayor referencia sobre el elemento cultural en los estudios organizacionales: Morgan (1986: 111-140), Bernoux (1985: 167 y ss.) y Turner (1990).

Así, se sacan entonces a la luz los aspectos regionales, "simbólicos", idiosincráticos y particulares de las organizaciones, ya sea con propósitos científicos o de manipulación administrativa.

La justicia también tiene sus formas "culturales" propias. Así, por ejemplo, el ritual judicial, que tiene por función delimitar un espacio y un tiempo separados, donde se recrean simbólicamente el orden social y jurídico.

Garapon (1985).

Por ello mismo, se trata de un factor que no es posible instrumentalizar y racionalizar en aras de la eficiencia, sin consecuencias de otro tipo, como una mayor intrusión del Estado en su propia justicia.

Garapon (1985: 186-202). Las investigaciones sobre la justicia procedural son afines a este punto de vista. Por otro lado, el concepto de "cultura jurídica local" se ha utilizado para explicar diferencias en el funcionamiento de los tribunales (por ejemplo, respecto del número o duración de los litigios) que pueden atribuirse a interrelaciones particulares que se establecen entre los actores (como jueces y abogados) y a las expectativas que resultan de ellas.

El estudio de Church, Jr. et al. (1978) sobre la duración de los juicios civiles y penales en 21 tribunales de jurisdicción general en varias ciudades importantes de los Estados Unidos, recurre precisamente a la idea de que las expectativas, actitudes y prácticas informales de jueces y abogados contribuyen a explicar, mejor que otros factores, las diferencias en la duración

Las consideraciones anteriores nos llevan a sospechar que la conceptualización de la justicia como organización es insuficiente para explicar los resultados de su funcionamiento. En otras palabras: dichos resultados son mediados por la

cultura y los símbolos, pero sobre todo, por funciones y valores de carácter institucional.

B. La eficiencia institucional de la justicia

Para los efectos de este trabajo, definiremos a la justicia como la institución que establece el marco para el tratamiento de conflictos mediante el recurso real o potencial al derecho.

Esta definición requiere mayores explicaciones:

Retomemos primeramente el concepto de institución que ofrece North: las instituciones "son las reglas del juego en una sociedad, o más formalmente, las limitaciones diseñadas por los seres humanos para dar forma a la interacción humana".

North (1990:3) (1993:13).

La función de las instituciones, según el propio North, es estructurar incentivos y reducir incertidumbres en el intercambio humano, facilitando la adaptación e innovación sociales a través del tiempo.

Cfr. North (1990:80-81) (1993:108-109). Cfr. también MacCormick/Weinberger (1986:6-10), cuyo concepto de institución parece tener puntos de contacto con la ofrecida aquí.

De esto podemos deducir que las instituciones constituyen un marco y un horizonte para la acción.

Podríamos decir que se trata de una estructura de expectativas de segundo nivel, que influye en las expectativas inmediatas de la interacción.

Sin embargo, para que la institución pueda desempeñar su función general, ésta tiene que operacionalizarse y especificarse en una tarea especializada que se lleva a cabo a través de actores (individuos o grupos), procedimientos y mecanismos determinados. La institución permite entonces establecer relaciones y articulaciones de complementación, sustitución, y exclusión entre dicha pluralidad de actores, procedimientos y mecanismos. La posibilidad de referencia mutua confiere a la institución su flexibilidad y capacidad adaptativa en el juego social.

La tarea especializada de la justicia es el "tratamiento de conflictos",

La sociología jurídica contemporánea evita hablar de "solución" de conflictos. Estos en realidad no se "resuelven" en el sentido de que realmente terminen, sino que su paso por la arena jurídica es sólo una de las posibles formas en su encauzamiento y desarrollo. Cfr. Ferrari (1989:114-115).

y la desempeña a través de una pluralidad de órganos y mecanismos (mediación, conciliación, arbitraje, proceso judicial) que constituyen un continuum de formas que se articulan entre sí.

Cfr. Shapiro (1981:2 y ss.).

El conflicto debe entenderse en sentido formal e instrumental. En sentido formal, porque los conflictos que trata la justicia no constituyen necesariamente conflictos "reales", sino que la forma contradictoria permite el procesamiento de una multiplicidad de demandas de todo tipo, hasta una eventual decisión conforme al derecho.

Por esta razón los tribunales acaban cumpliendo tareas administrativas y cuasi-notariales. Cfr. Blankenburg (1980).

Por otro lado, el conflicto es instrumental, tanto para los actores que, con la pretensión de lograr ciertos fines, deciden dar a su interacción esa forma, como para el tercero institucional que interviene en el conflicto y lo reconstruye en función de las necesidades del orden jurídico y social.

Shapiro (1981:1, 18) hace notar que la intervención de un tercero surge casi naturalmente con el conflicto mismo. Pero la intervención del tercero implica también la participación de un tercer interés, por ejemplo, el del control social. Luhmann (1993:138 y ss.) va más allá y considera que el derecho no sólo no resuelve los conflictos sino que también los provoca y los instrumentaliza para desarrollar el instrumental jurídico.

El recurso al derecho no significa que éste se aplique efectivamente al tratamiento del conflicto, pero sí que el derecho tiene un impacto sobre dicho tratamiento toda vez que existe la posibilidad (estructural) de someter el conflicto a una decisión jurídica, y esto quiere decir, en última instancia, a los tribunales. Precisamente el recurso potencial a los tribunales influye en la constitución y operación de los llamados "mecanismos alternativos de solución de conflictos", que si bien utilizan formas no coercitivas o voluntarias, se encuentran, según una conocida expresión, "a la sombra de la ley".

Así, Shapiro (1981:10-11), Galanter (1983:121 y ss.) y Luhmann (1993:311 y s.) De lo que hemos dicho hasta ahora se desprende que la justicia, como institución, cumple en realidad con tres funciones: el tratamiento de conflictos, lo que implica la intervención de un tercero que representa al orden social y que instrumentaliza los conflictos, con propósitos de producir orientación social y legitimación.

Estas funciones coinciden con las funciones "últimas" que Ferrari (1989) atribuye al derecho.

Abordaremos ahora brevemente la cuestión de en qué sentido pueda decirse que la justicia desempeña eficientemente estas funciones.

a) Tratamiento de conflictos

La eficiencia en el tratamiento de los conflictos depende de la combinación del mayor grado posible de selección con el mayor grado posible de efectos sociales.

Llevar un conflicto ante la justicia es una decisión que normalmente se deja a una o ambas partes, lo que podría implicar un exceso de conflictos para procesar. Por ello, el sistema de justicia establece barreras que desalientan este exceso e, idealmente, no impiden el procesamiento de ningún conflicto que pueda ser "importante" para el sistema. Cfr. el interesante esquema de efectos generales y especiales de los tribunales en Galanter (1983).

La selección puede darse en sentido horizontal, entre mecanismos distintos,

Desde el punto de vista de la eficiencia, los conflictos deben ir al lugar donde su tratamiento sea a la vez más barato y efectivo. Cfr. para un criterio sociológico: Falke/Gessner (1982).

o vertical, cuando se requiere minimizar los costos de los errores o desempeñar otras tareas (como la creación de precedentes obligatorios).

b) Orientación social

La "orientación social" es una función demasiado general, por lo que podemos desdoblarla en varias otras:

-el control social, propiamente dicho;

Ya sabemos que esta función es concomitante a la intervención del tercero. Sobre la problemática del control social: Horwitz (1990).

-la formulación y aplicación de "políticas" (policy-making);

Esta es una de las funciones que tradicionalmente desempeñan los tribunales norteamericanos, por ejemplo, en materia de reforma de instituciones penitenciarias.

-la creación de normas;

Cappelletti (1990:23) en su ensayo "Des juges législateurs" considera que se trata ya de una verdad banal que los jueces crean derecho y considera que en todo caso el verdadero problema consiste en saber por qué se trata de una función cada vez más necesaria (y cuáles sean sus límites legítimos).

-el control de la consistencia de las decisiones jurídicas.

Aquí es importante hacer notar que algunas de estas funciones no son cumplidas predominante ni exclusivamente por el aparato de la justicia, que las desempeña por razones de circunstancias de tipo histórico o práctico,

Y de suplencia y redundancia. Sobre esto último y las ventajas de las instituciones multifuncionales y redundantes: Shapiro (1981:30 y ss.).

mientras que otras, como el control de la consistencia de las decisiones jurídicas, parece ser exclusiva.

Luhmann (1993:327) señala que es notable que sólo los tribunales tengan la tarea de vigilar la consistencia de las decisiones jurídicas.

Las consecuencias que de ello se derivan para la evaluación de la eficiencia de esta función son evidentes: la inficiencia será tanto más grave, en la medida que menos se satisfagan las funciones exclusivas.

c) Legitimación

La justicia pretende evitar la generalización del conflicto, al que despolitiza, individualiza, recompone y racionaliza a través de un procedimiento. Éste legitima indirectamente el orden jurídico-político que le da origen, incluso en una situación de falta de consenso y con independencia de las posiciones que resulten ganadoras o perdedoras en el conflicto.

Este mecanismo funciona incluso cuando las instituciones representativas legítimas de una sociedad (el parlamento y el gobierno) sufren la derrota. Así, por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional alemán, después de haberse producido un fuerte movimiento de boicot en la población, declaró en diciembre de 1983 parcialmente inconstitucional la Ley del Censo de Población de 1982 que el Parlamento federal había aprobado por unanimidad. Un periódico de izquierda lamentó que el caso se hubiera llevado ante el Tribunal, pues observó acertadamente que el efecto iba ser una nueva versión de la Ley del Censo, cuando de lo que se trataba era de impedir del todo este evento. Al respecto, véase Fix Fierro (en preparación).

En términos de eficiencia, la legitimación reduce los costos de obediencia de las decisiones jurídicas.

Queda un último tema por tratar. Las funciones que le hemos atribuido a la justicia como institución se encuentran interrelacionadas, pero también en tensión e incluso en contradicción mutua.

Cfr. Shapiro (1981:17 y ss.).

Por esta razón, es difícil proponer, por ejemplo, la privatización completa del tratamiento de conflictos y aun de cierta clase de ellos.

Landes/Posner (1979) reconocen que si bien la privatización de la resolución de conflictos podría ser como tal más eficiente, a ello se opone la función pública de creación de derecho por los tribunales.

Esto tiene al menos dos consecuencias para la eficiencia institucional de la justicia:

Si no es posible la optimización de funciones, es necesario dar preferencia a alguna o algunas de las predominantes o exclusivas, y en este sentido puede contribuir una mayor diferenciación de órganos y mecanismos.

Por lo mismo, las funciones sólo pueden ser cumplidas globalmente por la institución, y no necesariamente por cada uno de sus órganos o mecanismos. Dicho en otras palabras: el beneficiario es la sociedad en primer término y no los individuos, y desde esa perspectiva debe hacerse la evaluación.