

# TRANSPARENCIA, LITIGIOSIDAD Y RACIONALIDAD ECONÓMICA

## TRANSPARENCY, LITIGATION AND ECONOMIC RA- TIONALITY

Rafael RAMÍREZ VILLAESCUSA\*

RESUMEN: La excesiva litigiosidad parece ser uno de los problemas que más preocupa a los distintos operadores judiciales. La teoría económica del Derecho señala que la existencia de asimetrías de información entre potenciales litigantes favorece al pleito frente al acuerdo. Por otro lado, no son pocos quienes afirman que la opacidad legal y en especial aquella de carácter judicial desincentiva el uso de los tribunales para dirimir controversias. Una política de transparencia en materia de justicia, atendiendo dichos razonamientos, tendría efectos encontrados: por un lado propiciaría más arreglos al dotar de mejor información a las partes en conflicto y por otro incentivaría un mayor uso de los tribunales al aumentar la confianza de la gente en los mismos. El presente artículo busca determinar, a partir de un planteamiento teórico derivado del análisis económico del Derecho, cuál de los dos efectos es más importante.

ABSTRACT: Excessive litigation appears to be one of the main concerns of judiciary actors. The economic theory of law holds that the asymmetries in the information between potential litigants creates incentives for going to trial over arrangement. On the other side, some scholars hold that the legal opacity—especially when it comes from the judiciary—deter potential litigants to use Courts. Therefore, a transparency policy in the Judiciary may have opposite effects: from one hand, it may create incentives for arrangements since the potential litigants have small informational problems. From the other hand, transparency increase trust in the Judiciary, so people would be willing to use Courts as a mean to solve their disputes. This article seeks to answer, which effect is more important from a juridical and economic approach.

PALABRAS CLAVE: Transparencia, litigiosidad, Economía, Derecho, Poder Judicial.

KEYWORDS: Transparency, Litigation, Economics, Law, Judicial Branch

---

\* Doctor en Gobierno y Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset y la Universidad Complutense de Madrid. Contacto: ramirezvillaescusa@gmail.com

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *La teoría económica del proceso judicial*. A) *Un modelo básico del proceso y la transacción*. B) *Asimetrías de información y litigiosidad*. C) *Litigiosidad y diseño procesal*. III. *Transparencia y litigiosidad*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

## I. PLANTEAMIENTO

Con frecuencia oímos que una de las principales quejas de los operadores del sistema judicial se refiere a la congestión que los órganos judiciales se enfrentan.<sup>1</sup> El problema de la congestión tiene múltiples causas pero es plausible que la alta litigiosidad sea una de ellas.<sup>2</sup> Al tenor de lo anterior, definiremos a la congestión judicial como la incapacidad de los órganos jurisdiccionales de hacer frente a la carga de trabajo que ingresan. Dicha incapacidad genera graves problemas no sólo de dilación,<sup>3</sup> sino también de calidad en los procesos y en las resoluciones.<sup>4</sup> En este sentido las políticas para lidiar con dicha problemática pueden ser enfocadas desde el lado de la oferta y/o la demanda. Por el lado de la oferta una de las acciones más socorridas se refiere a la dotación de mayores medios e infraestructuras de trabajo, esto es, un aumento en los factores de producción jurisdiccional:

<sup>1</sup> A manera de ejemplo, Miguel Ángel Cárdenas, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su discurso de toma de posesión ubicó al sistema de justicia en “una situación de congestión y de déficits importantes en eficiencia y eficacia”. Disponible en: [http://www.elpais.com/articulo/Galicia/presidente/alto/tribunal/estrena/pidiendo/medios/elpepiautgal/20090220elpgal\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/Galicia/presidente/alto/tribunal/estrena/pidiendo/medios/elpepiautgal/20090220elpgal_1/Tes). Por su parte, autores como Castellanos Malo señalan la existencia de “una incuestionable realidad” que se traduce en la existencia de “un incremento geométrico alarmante en el número de causas por resolver, que van aumentando de forma progresiva...”. CASTELLANOS MALO, Jesús, “Los medios alternativos para solucionar los litigios”, en *Revista Mexicana de Justicia*, México, 2003, núm. 1, p.7.

<sup>2</sup> Otras causas comúnmente esgrimidas tienen que ver con la insuficiente dotación de medios materiales y humanos, deficientes mecanismos para la gestión procesal, malos diseños organizacionales y deficiencias en las normas procesales.

<sup>3</sup> Pero la dilación no sólo se debe a la alta congestión. Para la teoría de la elección racional, los distintos operadores del sistema de justicia tratan de maximizar algún tipo de función de utilidad. Por tanto no es raro encontrar casos donde la dilación de los procesos se debe al comportamiento estratégico de abogados, litigantes e incluso personal jurisdiccional.

<sup>4</sup> Los países con menor litigiosidad suelen ser aquellos en los que los tribunales están menos sobrecargados y los usuarios tienen una mejor percepción de ellos, véase como un ejemplo el caso finlandés. PASTOR, Santos, *La sociedad litigiosa*, España, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 342.

juzgados, personal, computadoras, etc. Desde un enfoque organizacional también se pueden implementar estrategias tales como nuevos diseños de organización, mismos que prevean la creación de economías de escala a través de la introducción de órganos de servicios comunes como oficialías de partes, centrales de notificadores, ejecutores, mensajería, entre otros. Otra cuestión relevante tiene que ver con la introducción de gestores administrativos de tribunales, pues diversos estudios señalan que en algunos casos los jueces emplean la mayor parte de su tiempo en actividades distintas a las puramente jurisdiccionales.<sup>5</sup> La naturaleza de las normas procesales también es un elemento que incide en la capacidad de los tribunales para dar cauce a los asuntos recibidos. En este sentido reformas tales como la introducción de la oralidad en diversos procedimientos apuntan a la necesidad de contar con juicios transparentes y rápidos. Por el lado de la demanda las estrategias van encaminadas a reducir la litigiosidad, esto es, el número de asuntos

---

<sup>5</sup> El efecto de este tipo de políticas, sin embargo, ha sido cuestionado por parte de la literatura del análisis económico del Derecho. En este sentido, Posner señala que el aumento en la infraestructura material y humana de los tribunales puede tener un efecto positivo en la reducción de la congestión en el corto plazo, pero a su vez, puede incentivar la litigiosidad en el largo plazo. POSNER, Richard, "An economic approach to legal procedure and administration", en *Journal of Legal Studies*, Estados Unidos de América, 1973, núm. 2, pp. 399-458. El mismo argumento es retomado por Priest quien adiciona la variable dilación al modelo estandar del litigio y la transacción y la equipara a uno de los costos que enfrentan los potenciales demandantes a la hora de decidir iniciar un juicio. Dado el hecho de que la dilación tiende a favorecer al demandado y manteniendo otras variables constantes, cuando esta es alta desincentivaría el litigio y favorecería la solución extrajudicial. Si reducimos la dilación, estamos abaratando los costos del proceso con el consiguiente efecto de estimular la propensión de las partes a litigar. PRIEST, George, "Private litigants and the court congestion problem", en *Boston University Law Review*, Estados Unidos de América, 1989, núm. 69, pp. 527-229. Al tenor de lo anterior, los resultados de algunos procesos de reforma parecen sustentar tales aseveraciones. Por poner un par de ejemplos: en 1988 el Distrito de Columbia instituyó un programa para reducir los casos civiles. El programa se caracterizó por la participación de representantes de los más diversos sectores de la justicia y fue objeto de múltiples reconocimientos. Sin embargo, los resultados no fueron los esperados. La mayor eficiencia en la tramitación de las causas como consecuencia de la reforma, dio lugar a un aumento del 20% en la presentación de nuevos casos. Por otro lado, en la ciudad de Chicago, de 1959 a 1979 se introdujeron iniciativas con los mismos objetivos. Sin embargo, el único cambio importante acaecido después de su implementación, consistió en el hecho de que el porcentaje de casos donde las partes decidieron solucionar sus controversias a través del litigio aumentó respecto el de otras vías no jurisdiccionales. BANCO MUNDIAL, *Reducir las demoras judiciales: cinco enseñanzas de los Estados Unidos*, Notas PREM, 1999, núm. 34. Disponible en: <http://www1.worldbank.org/prem/premnotes/es/notes34es.pdf>

que ingresan. La litigiosidad está dada por diversos factores: el número de conflictos que se generan en la sociedad, la cuantía de las pretensiones, el costo de acceder al sistema judicial, la existencia de mecanismos alternativos para la solución de controversias, la capacidad de los tribunales de crear precedentes sobre la resolución de los casos, el entorno de incentivos en la abogacía o la eficacia en la ejecución de las sentencias son algunos.<sup>6</sup>

No es de extrañar, por tanto, que los problemas asociados a la litigiosidad hayan recibido especial atención por parte de los analistas económicos del Derecho. Los estudiosos de la materia se han interrogado: ¿Por qué pleitea la gente?, y ¿Qué efectos produce la litigiosidad en los diversos componentes de la justicia? La teoría económica ha elaborado elegantes respuestas a través de modelos que tratan de explicar las condiciones bajo las cuales las partes en conflicto serán susceptibles de llegar a soluciones extrajudiciales y cuáles son aquellas que propiciarán un pleito. Uno de los factores más importantes es el que tiene que ver con los problemas de información a que se enfrentan las potenciales litigantes. Dichos problemas pueden, entre otras cosas, causar la generación de optimismo infundado, o bien, colocar a las partes en disputa en una relación de agencia respecto de sus abogados.<sup>7</sup>

La teoría económica del Derecho, por otro lado, ha señalado que allá donde el sistema judicial es opaco y poco predecible, los actores sociales estarán

---

<sup>6</sup> Entre los diversos esfuerzos que logran formalizar un modelo explicativo de la demanda de tutela judicial, podemos destacar por su sencillez el de Pintos, que la describe en función de la fórmula  $D=f(Q_e, Q_o, P, C, A, N)$ , donde “D” significa demanda de tutela judicial o número de asuntos llevados a los juzgados, “Qo” hace referencia a la indemnización prevista por el demandado, “Qe” a la indemnización prevista por el demandante, “P” a la probabilidad objetiva de que el demandante prevalezca en juicio, “C” a las costas procesales, “A” a los costos de obtención de un arreglo extrajudicial y “N” al número de conflictos explicitados. PINTOS, Jesús, “Efectos de la variabilidad sobre la resolución de conflictos”, en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, España, abril de 2000.

<sup>7</sup> Los problemas de agencia son una manifestación de la existencia de asimetrías de información en relaciones contractuales, donde una de las partes llamado principal (en nuestro caso el cliente) le encarga a otro llamado agente (en nuestro caso el abogado), la gestión de una encomienda en donde el principal no es un experto. En el caso que nos ocupa, el cliente le encargaría a su abogado la gestión y resolución de la mejor forma posible de una controversia jurídica. Supongamos que el caso podría resolverse con una negociación dirigida a la contraparte dentro del conflicto. Sin embargo, el entorno de incentivos de los abogados (por ejemplo un esquema de pago por horas de trabajo) puede dar lugar a que éste tenga como preferencia litigar sobre negociar, aún y cuando no resulte la estrategia más óptima para el cliente. Así pues cuando los incentivos del principal no están correctamente alineados con los del agente se dice que existe una relación de agencia.

menos dispuestos a dirimir sus controversias a través de los mecanismos formales y serán más dados al empleo de instituciones de carácter informal. Ergo, el hacer más previsible a un sistema de justicia originará mayor confianza en el mismo, lo que a su vez estimularía su uso. De lo anterior se desprende que la transparencia puede tener un doble efecto que, aparentemente, crea una paradoja al apuntar en direcciones opuestas. Por un lado, al reducir la opacidad y favorecer la previsibilidad del sistema judicial, tendería a estimular el empleo del mismo y por ende la cantidad de asuntos que ingresan. Por otro lado, al reducir los problemas de información de las partes, favorecería la solución extrajudicial de controversias y por ende, un menor uso de los tribunales. El presente artículo busca analizar —desde un punto de vista teórico— cuál de los dos efectos tendería a ser más importante.

## II. LA TEORÍA ECONÓMICA DEL PROCESO JUDICIAL

En términos de eficiencia económica se afirma que el objetivo del sistema judicial consiste en la minimización conjunta<sup>8</sup> de los costos operativos y de los costos por error.<sup>9</sup> En cuanto a los primeros, estos se refieren, entre otras cosas, al gasto público, el tiempo utilizado por abogados, jueces y usuarios, y en general todo aquello que representa la inversión en insumos para lograr el funcionamiento de los tribunales.<sup>10</sup> Los segundos hacen referencia a los efectos, previstos y no previstos, que el buen o mal funcionamiento de la justicia puede tener y se materializan en cuestiones concretas como el costo del tiempo<sup>11</sup> empleado en litigar o el costo de una sentencia deficien-

---

<sup>8</sup> Se habla de minimización conjunta dada la relación tipo *trade off* existente entre ambos. Esta relación significa que la minimización de los costos por error entraña un aumento de los costos operativos (más horas de trabajo, mayor personal, mayor capacitación, etc.), sin embargo, dado el principio económico de los rendimientos marginales decrecientes, se llega a un momento donde el costo marginal en gastos de operación supera al beneficio marginal de la ausencia de errores. Por tanto, para el análisis económico, todo sistema judicial deberá estar dispuesto a tolerar un cierto margen de errores que pueden ser tratados a través de los sistemas de apelación u otro tipo de mecanismos como la asignación de un sobre-premio a los ganadores.

<sup>9</sup> POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 516.

<sup>10</sup> Dentro de los mismos podemos contabilizar el costo privado en que incurren las partes a la hora de contratar abogados e invertir tiempo y esfuerzo en la obtención de las pruebas.

<sup>11</sup> Asumiendo, claro está, que el tiempo es un bien susceptible de usos alternativos.

te. Esto a su vez, se traduce en la existencia de costos ocultos tales como contratos que no se celebran, inversiones que no se realizan, o delitos que se cometen.<sup>12</sup> Lo anterior implica, *ceteris paribus*, que a efectos de lograr la eficiencia social, siempre es mejor prevenir el surgimiento de controversias, pero una vez que éstas aparecen lo mejor es adoptar los mecanismos más baratos para su resolución, siendo el proceso (judicial), en la mayor parte de las ocasiones, la última de las opciones deseables. De ahí que buena parte de la literatura del análisis económico del Derecho se centre en el diseño de normas que incentiven situaciones socialmente eficientes y que por tanto minimicen el riesgo de aparición de controversias.<sup>13</sup> Sin embargo, y dado que la hipótesis de un mundo coasiano<sup>14</sup> forma parte tan sólo de una útil abstracción conceptual, siempre habrá lugar para la aparición de litigios que potencialmente se puedan convertir en procesos. Los procesos pueden ser de dos tipos: eficientes e ineficientes. El que un proceso caiga en una u otra categoría, desde el punto de vista neoclásico, dependerá de la estructura de costos y beneficios que le rodee.

En este orden de ideas, un proceso será eficiente sólo si el beneficio derivado de una sentencia supera al costo de su obtención. En otras palabras, siempre que a través de la misma se genere algún tipo de utilidad social. Por el lado contrario, un proceso será ineficiente si el beneficio obtenido a través de la sentencia es menor que el costo que entraña obtenerla. Una idea importante a destacar es el hecho de que las sentencias pueden ser vistas

---

<sup>12</sup> Un estudio detallado respecto a los costos de la justicia lo podemos encontrar en: PASTOR, Santos, “El coste de la justicia”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, España, Consejo General del Poder Judicial, 2001, núm. 15.

<sup>13</sup> Por poner un ejemplo, el análisis económico de la responsabilidad civil por accidentes se centra no tanto en la compensación del daño sino en el empleo de normas adecuadas para desincentivar conductas riesgosas. SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERE, Carlos, “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, enero de 2005, p. 6.

<sup>14</sup> En un mundo con tales características simple y sencillamente los litigios no existirían, porque la ausencia de costos de transacción incentivaría el arreglo entre las partes.

como bienes privados<sup>15</sup> que generan importantes externalidades sociales.<sup>16</sup> Por tanto, a la hora de evaluar sus beneficios —y por ende su deseabilidad— hay que tomar en cuenta los incentivos sociales que crean al enviar señales al mercado a través de lo que normalmente se conoce como previsibilidad del sistema judicial.<sup>17</sup> Dicho en otros términos, las sentencias generan información acerca de los criterios seguidos por los tribunales en la aplicación e interpretación de la ley y contribuyen a minimizar cualquier sensación de impunidad.<sup>18</sup> Un buen sistema de justicia deberá, por tanto, de incentivar aquellos litigios socialmente eficientes y disuadir, a través de la negociación privada o de las formas alternativas de resolución de controversias, aquellos litigios de carácter ineficiente. Políticas de transparencia como la publicidad de las sentencias y de los procesos creemos pueden ayudar en dicha tarea.

---

<sup>15</sup> Al respecto, la teoría económica distingue la existencia de bienes públicos y privados. La diferencia entre ambos estriba en el hecho de que en tanto los últimos son rivales en su consumo y susceptibles de exclusión por parte de sus propietarios, los primeros no se agotan al consumirse y no podemos excluir a los demás de su goce y disfrute. En este sentido, se hace énfasis en los fallos de mercado generados por los bienes públicos ya que, dadas las características distintivas, su provisión a través de los mecanismos tradicionales de oferta y demanda será ineficiente. Al tenor de lo anterior, se suele argumentar que uno de los roles del gobierno consiste, precisamente, en la provisión (que no necesariamente producción) de bienes públicos.

<sup>16</sup> Al este respecto, Cooter y Rubinfeld señalan que la *adjudication* por parte de los tribunales (norteamericanos) genera dos productos distintivos: la resolución de las disputas cuyo carácter es privado y la generación de normas cuya trascendencia es pública. Para los autores en cuestión los juicios son mecanismos para resolver disputas entre actores y demandados que se comportan bajo criterios de racionalidad económica, cuyas resoluciones tienen, sin embargo, un componente que trasciende al mero ámbito de las partes. Dicho componente, que es más evidente tratándose de los tribunales de apelación, se refiere a la generación de mecanismos de elección colectiva para la creación e interpretación de normas. COOTER, Robert y RUBINFELD, Daniel, “Economic analysis of legal disputes and their resolution”, en *Journal of Economic Literature*, Estados Unidos de América, 1989, vol. 27, núm. 3, p. 1070.

<sup>17</sup> El problema con ello estriba en el hecho de que las partes en litigio rara vez internalizan los costos y beneficios sociales derivados del mismo. Lo anterior origina que se litiguen algunos asuntos ineficientes y se dejen de litigar asuntos eficientes.

<sup>18</sup> Ello significa que contribuyen a hacer realidad el valor nominal del Derecho, pues como ya lo hemos señalado en nuestro trabajo, se trata de un valor esperado.

### A) *Un modelo básico del proceso y la transacción*<sup>19</sup>

El iniciar un proceso entraña importantes costos. Tenemos, en primer lugar, el costo de oportunidad que representa el tiempo empleado, en segundo término tenemos los costos económicos de contratar a un abogado y finalmente tenemos a todos aquellos costos que se derivan del juicio.<sup>20</sup> En este sentido, un potencial litigante<sup>21</sup> decidirá acudir a los tribunales sólo si el beneficio esperado de tal acción supera los costos que enfrenta al hacerlo. Llamaremos *B* al beneficio y *C* a los costos que como ya hemos dicho pueden ser de carácter puramente patrimonial (*C<sub>p</sub>*), emocional (*C<sub>e</sub>*) y de oportunidad (*C<sub>o</sub>*). El beneficio obtenido es aquél derivado de una sentencia favorable, pero si tomamos en cuenta que el acudir a un proceso siempre entraña el riesgo de perder, entonces tendremos que asumir que se trata de un beneficio esperado, es decir, dado por la probabilidad de obtener una sentencia favo-

---

<sup>19</sup> Entre los trabajos seminales sobre los cuales se ha construido la teoría económica del litigio y la transacción tenemos: LANDES, William, “An economic analysis of the courts”, en *Journal of Law and Economics*, Estados Unidos de América, 1971, núm. 14, pp. 61-107; GOULD, John, “The economics of legal conflicts”, en *Journal of Legal Studies*, Estados Unidos de América, 1973, núm. 2, pp. 279-300; POSNER, *op. cit.*, p. 2 y SHAVELL, Steven, “Suit, settlement and trial: a theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs”, en *Journal of Legal Studies*, Estados Unidos de América, 1982, vol. 11, pp. 55-81. Actualmente casi la totalidad de los manuales sobre análisis económico del Derecho incluyen dentro de su contenido un capítulo dedicado al análisis económico del proceso. Algunas obras de referencia para conocer el estado de la cuestión son: MICELI, Thomas, *Economics of the law: torts, contracts, property and litigation*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 1997; SHAVELL, Steven, *Foundations of economic analysis of law*, Estados Unidos de América, Harvard University Press, 2004; COOTER, Robert y ULEN, Thomas *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002; POSNER, *op. cit.*, p. 4. Desde un enfoque empírico Songer, Cameron y Segal aportan evidencia que soporta la hipótesis de comportamiento racional en los litigantes. En particular, los autores dan cuenta de que los litigantes consideran costos y beneficios en sus decisiones de apelar sentencias adversas. SONGER, Donald *et al.*, “An empirical test of the rational-actor theory of litigation”, en *The Journal of Politics*, Estados Unidos de América, vol. 57, núm. 4, 1995, pp. 1119-1129. Por otro lado Fournier y Zuehlke someten a contrastación algunas variables relacionadas con la propensión a negociar por parte de los litigantes así como a los montos derivados de la misma. FOURNIER, Gary y ZUEHLKE, Thomas, “Litigation and settlement: an empirical approach”, en *The Review of Economics and Statistics*, Estados Unidos de América, 1989, vol. 71, núm. 2, pp. 189-195.

<sup>20</sup> Por no mencionar los costos emocionales que algunos procesos, por ejemplo en materia familiar, pueden acarrear.

<sup>21</sup> Racional en términos económicos y neutral al riesgo

rable ( $P$ ).<sup>22</sup> Así, la clave para que un individuo (neutral al riesgo)<sup>23</sup> decida demandar estará dada por la condición:  $P(B) \geq C_p + C_e + C_o$ , o lo que es lo mismo, cuando el valor esperado del litigio neto de los costos en que se incurre tenga saldo positivo, es decir:  $P(B) - C \geq 0$ ,<sup>24</sup> al tenor de lo anterior podemos enunciar las siguientes deducciones:

1: *Ceteris paribus*, entre mayor sea el monto en disputa, mayor será la propensión a litigar.<sup>25</sup>

2: *Ceteris paribus*, a mayor sea la probabilidad (percibida) de vencer en juicio, mayor será la propensión a litigar.

3: *Ceteris paribus*, a mayores costos del proceso (emocionales, patrimoniales o de oportunidad) menor será la propensión a litigar.

Lo anterior nos da algunas claves de política pública que pueden contribuir a desincentivar la propensión de un potencial litigante para entablar una demanda. Éstas se centran principalmente en la modificación de la estructura de costos del potencial actor aunque también pueden centrarse en los medios de acceso a la tutela judicial. Entre los primeros tenemos acciones tales como el establecimiento de tasas por el uso de los servicios judiciales<sup>26</sup>

<sup>22</sup> En realidad de obtener una sentencia favorable y posteriormente una eficaz ejecución de la misma, aunque por razones de simplicidad, en el modelo omitiremos esto último.

<sup>23</sup> Aunque para fines didácticos y de simplificación hemos asumido el supuesto de neutralidad al riesgo, la posición del individuo frente al mismo puede favorecer o desincentivar al litigio. En este sentido a mayor aversión al riesgo, mayor será la propensión a negociar. Para el lector no familiarizado con la jerga, la neutralidad al riesgo significa que el individuo es indiferente entre obtener \$100,000 con probabilidad de .20 y obtener \$20,000 con probabilidad de 1.

<sup>24</sup> Supongamos que un potencial litigante se enfrenta a la decisión entre demandar o no hacerlo. El valor ( $Q$ ) de la demanda asciende a \$100. El costo ( $C$ ) de demandar es de \$30, en tanto que la probabilidad de ganar ( $P$ ) es de .70. Para efectos de simplificar el razonamiento asumiremos que se litiga bajo una regla de independencia en el pago de las costas procesales (cada litigante asume sus propias costas con independencia de la adjudicación final). Dado la información proporcionada es de esperar que el potencial litigante decida demandar toda vez que el valor esperado de su demanda supera los costos de la misma:  $(P)(Q) - C \geq 0$ , o lo que es lo mismo,  $(.70)(100) - 30 = 40 \geq 0$ .

<sup>25</sup> Para Santos Pastor lo anterior tiene sentido hasta un punto " $Q$ " a partir del cual es probable que al demandado le compense preverse frente al pleito a través de la adopción de medidas de precaución. PASTOR, Santos, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 213-214.

<sup>26</sup> En el caso de Europa, la mayor parte de los países establecen algún tipo de tasa para el uso de los tribunales. Estas pueden cubrir, como en el caso de Austria, prácticamente la totalidad de los costos de operación, aunque en la mayor parte de los casos se trata de montos

y entre los segundos encontramos la prohibición de resolver a través de los tribunales determinados asuntos de pequeña cuantía o poca relevancia social, así como la resolución obligatoria de ciertas controversias por vías alternativas a la jurisdiccional. Sin embargo, en muchos sistemas, el carácter aparentemente gratuito de la justicia<sup>27</sup> hace difícil la implementación de tasas por lo que las estrategias pueden ir en el sentido de encarecer los costos de oportunidad. Un costo de oportunidad es el costo de la segunda mejor alternativa para resolver un litigio. Así, una política que favorezca el empleo de medios alternos de solución de controversias tendrá un efecto similar al encarecimiento relativo del litigio (efecto sustitución), originando con ello una disminución en la cantidad demandada de servicios de tutela judicial.<sup>28</sup>

Sin embargo, cualesquiera que sea el caso, litigio o solución alternativa de controversias, se requiere de un acuerdo entre las partes ya sea para enfrentarse o para negociar.<sup>29</sup> En este sentido, igual de importante que la decisión de demandar es la decisión de contestar, allanarse o entablar una negociación. Así como la teoría económica del litigio establece las condiciones favorables para la acción de demandar, también nos aporta un útil modelo para analizar las condiciones bajo las cuales es posible solucionar controversias a través de mecanismos no jurisdiccionales, en particular a través de la transacción. Ello es importante toda vez que, como lo mencionamos anteriormente, es deseable que se litiguen solo aquellos asuntos socialmente eficientes.

---

menores a lo empleado por el sistema de justicia y que tienen como destino final los presupuestos generales del Estado. La existencia de tasas judiciales, es pertinente señalar, no se erige en un impedimento grave al acceso, ya que se cuenta con programas para la tutela legal de quienes no pueden pagar. Al respecto véase: *European Commission for the Efficiency of Justice*, Report, 2008, pp. 54-59.

<sup>27</sup> En algunos ordenamientos constitucionales se establece que la justicia será gratuita, entendiéndose como tal la prohibición de cobrar tasas por los servicios prestados en los tribunales. En realidad el emplear el término gratuito en materia de justicia es un tanto eufemístico, pues la justicia entraña un costo que simplemente no es internalizado por el usuario y que es distribuido entre la sociedad generalmente a través de los presupuestos generales del Estado.

<sup>28</sup> Lo anterior asumiendo que los MASC sean percibido como servicios “sustitutos” del proceso judicial.

<sup>29</sup> Por lo que respecta a una negociación queda claro que ambas partes deben de manifestar a través de sus acciones su acuerdo en ello. Sin embargo y pese a que el litigio aparentemente nace tan solo con una decisión unilateral (entablar una demanda), requiere también de un acuerdo por parte del demandado que se manifiesta a través de un acto procesal como lo es la contestación de la demanda.

Básicamente lo que sostiene el análisis económico del litigio es que la transacción será más probable cuando las expectativas de prevalecer en juicio por parte de cada uno de los actores coincidan. Por el contrario, cuando las expectativas de prevalecer difieren (es decir cuando hay optimismo por ambas partes), la probabilidad de un juicio será mayor.

Una vez más, tanto la parte actora como la demandada considerarán, a la hora de tomar una decisión, la estructura de costos y beneficios que les rodea. Como ya se ha señalado, la parte actora evaluará el valor esperado del litigio neto de los costos de litigar y si este arroja un saldo positivo tendrá incentivos a demandar a no ser que obtenga, a través de algún otro medio, una cantidad tal ( $Q$ ) que por lo menos se equipare con la ganancia esperada neta de los costos, esto es:  $Q \geq P(B) - C$ . Cualquier cantidad que se ofrezca por debajo de esa condición incentivará el litigio. Por su parte, el demandado también evalúa la probabilidad que tiene de perder el juicio. Al igual que el caso del actor, se trata de un valor esperado dado por las mismas variables: la probabilidad de perder por parte del demandado o lo que es lo mismo, la probabilidad que tiene el actor de ganar a juicio del demandado ( $P'$ ), la cantidad en disputa ( $B$ ) y los costos que se han señalado y que asume el demandado ( $C'$ ). En este orden de ideas el demandado estará dispuesto a negociar siempre que tenga que dar una cantidad ( $Q$ ) menor que su pérdida esperada más los costos de litigio:  $Q \leq P'(B) + C'$ .

Al tenor de lo anterior, la condición bajo la cual podemos esperar exista una negociación se dará cuando:  $P'(B) + C' \geq P(B) - C$ , o lo que es lo mismo:  $C' + C \geq B(P - P')$ . La diferencia entre  $P'(B) + C'$  y  $P(B) - C$ , cuando se cumpla la condición descrita, abrirá el margen sobre el cuál se podrá negociar un arreglo al litigio.<sup>30</sup> La cantidad acordada dependerá de factores tales como la capacidad de negociación de las partes, pero en ausencia de costos de transacción será un óptimo de Pareto.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Un tratamiento específico sobre la negociación extrajudicial lo podemos encontrar en: SALVADOR CODERCH, Pablo, "El ABC de la transacción", en *Indret: Revista para el análisis del derecho*, España, 2002, núm. 4.

<sup>31</sup> Un óptimo de Pareto hace referencia a aquella situación en donde por lo menos una de las partes logra una mejora respecto de un estado anterior sin que la otra sufra alguna pérdida. Un sencillo ejemplo numérico puede ayudarnos a comprender mejor la idea. Sean "A" y "D" las partes envueltas en una controversia suscitada por un incumplimiento contractual que le ha causado a "A" un daño puramente patrimonial de \$10,000. "A" estima su probabilidad de ganar el juicio en .70, sin embargo, para lograrlo tiene que contratar abogados y hacer una inversión en tiempo que estima en \$2000. Por su parte, "D" considera que la probabilidad que tiene de salir victorioso es de .30 y que sus costos de acudir al litigio ascienden a \$3000.

Como el lector podrá observar, el modelo sobre el cual se determina la decisión de los potenciales litigantes se centra en la estructura de costos y beneficios privados. Por tanto, la decisión que se tome puede coincidir o no con aquella que es socialmente eficiente. Dicho de otra forma, bajo determinadas circunstancias el número de litigios podrá ser mayor al socialmente deseable y en otros tantos tenderá a ser inferior. De acuerdo a Santos Pastor diversas variables de carácter institucional pueden indicar en una mayor o menor propensión a transigir en un litigio, algunas de las más importantes se refieren al tipo de normas que regulan el pago de las costas procesales, la existencia de problemas de agencia entre abogados y clientes, los efectos de las igualas<sup>32</sup> y otros mecanismos para la provisión de servicios legales, la previsibilidad arrojada por instancias pre-judiciales y la existencia de acciones colectivas o de clase.<sup>33</sup> En las siguientes líneas procuraremos brindar un breve acercamiento sobre algunas de ellas. En primer lugar abordaremos los potenciales efectos que la relación entre abogados y clientes puede originar en cuanto a la propensión a litigar para posteriormente repasar algunos elementos de diseño procesal que son de igual relevancia.

### B) *Asimetrías de información y litigiosidad*

Kathryn Spier<sup>34</sup> contribuyó a la literatura sobre negociación extrajudicial con un modelo de comportamiento racional que incorpora asimetrías de información entre los potenciales litigantes. Para nuestra autora, a diferencia de los enfoques de una única oferta, la negociación es un proceso que se da a través de un horizonte temporal finito. Esto significa que puede verse como una serie sucesiva de ofertas de transacción que son hechas para poner fin al litigio. El actor cuenta, sin embargo, con información relevante de la

---

En ausencia de costos de transacción, la solución del caso a través de una vía distinta a la contenciosa jurisdiccional parece la más razonable, toda vez que el valor esperado del juicio neto de los costos para "A" es de  $.70(10,000) - 2000 = \$5000$ , mientras que para "D", la pérdida esperada neta de los costos asciende a  $.30(10,000) + 3000 = \$6000$ . De esta forma, cualquier negociación que se de entre "A" y "D" en el rango de \$5000 a \$6000, resulta beneficiosa para ambos.

<sup>32</sup> Las igualas actúan como una tarifa plana, el resultado se traduce en usuarios que no internalizan el costo marginal de tal servicio generándose en muchos casos un uso excesivo del mismo.

<sup>33</sup> PASTOR, Santos, *op. cit.*, nota 4, p. 349 y ss.

<sup>34</sup> SPIER, Kathryn, "The dynamics of pretrial negotiation", en *The Review of Economic Studies*, Estados Unidos de América, 1992, vol. 59, núm. 1, pp. 93-108.

cual carece el demandado. Información que puede versar sobre la intensidad del daño sufrido, el sufrimiento causado o la pérdida patrimonial generada. El demandado, por otro lado, puede tener mejor información sobre su nivel de diligencia. Finalmente, tanto actor y demandado, pueden tener mejor información sobre la calidad de sus pruebas o sobre el propio desempeño judicial. Cada etapa dentro del proceso de la negociación comporta costos para las partes, lo que en principio generaría incentivos para llegar a un acuerdo. Sin embargo, no podemos soslayar el papel que dichas asimetrías de información juegan a la hora de explicar el fracaso de una negociación. Fracaso que bien puede ser generado por errores de cálculo para realizar una oferta que pueda abrir paso a la negociación o bien que puede derivarse del comportamiento estratégico que asumen ambas partes.<sup>35</sup>

Existen otros elementos, además de los descritos con anterioridad, que no podemos desestimar a la hora de explicar la propensión a litigar entre las partes en conflicto. No podemos dejar de lado el hecho de que la demanda de tutela judicial es una demanda inducida. Esto significa que las decisiones de los potenciales litigantes están influenciadas, en buena medida, por las recomendaciones de sus abogados. Lo anterior, sucede ya que la relación cliente-abogado puede ser analizada como una relación de agencia, donde el cliente (principal) contrata a su abogado (agente) para que lo represente en una determinada controversia. La existencia de asimetrías de información en relaciones de ésta naturaleza, puede generar el surgimiento de conductas oportunistas por parte de los principales. Esto se debe a que los incentivos del agente pueden no estar correctamente alineados con los intereses de su principal. Así, un abogado que cobre por horas podrá tener interés en un litigio largo o por lo menos en atrasar la negociación. Por otro lado, en algunos sistemas las actitudes favorables a la negociación pueden interpretarse como un síntoma de debilidad, por lo que no es de extrañar la reticencia de ciertos abogados hacia la transacción u otras formas “suaves” para la solución de los conflictos. Si tomamos en cuenta que los profesionales mejor capacitados para procesar la información generada a través de las sentencias y estimar de una mejor forma las probabilidades de triunfo en un litigio son los mismos abogados, concluiremos inevitablemente que los efectos positivos de la publicidad en las sentencias (por lo menos en materia de litigiosidad)

---

<sup>35</sup> FENN, Paul y RICKMAN, Neil, “Delay and settlement in litigation”, en *The Economic Journal*, Estados Unidos de América, 1999, núm .109, p. 478.

puede anularse bajo un sistema que no equilibre los intereses de éstos con sus clientes.

¿Cómo podemos favorecer el equilibrio de intereses? La respuesta no es sencilla. Sin embargo, medidas tales como la vinculación de los honorarios con el resultado del pleito (*cuota litis*) pueden acarrear beneficios netos de carácter positivo. Otras medidas pasan por reformas a los sistemas disciplinarios de colegios profesionales y otro tipo de órganos, así como la introducción de políticas de competencia en el mercado de servicios para la asistencia legal.<sup>36</sup> En todo caso creemos que resulta necesario cambiar, desde las facultades de Derecho, una cultura jurídica que prima la confrontación frente al acuerdo.

### C) *Litigiosidad y diseño procesal*

Para la teoría económica del litigio de igual importancia que las normas sustantivas resultan las normas de carácter procesal, sobre todo si tomamos en cuenta que estas últimas también contribuyen a distribuir los costos del proceso entre las partes. Por tanto, no podemos dejar de lado el papel que algunos elementos de diseño procesal juegan en la generación de incentivos hacia los potenciales litigantes. En esta sección abordaremos brevemente dos de ellos: el sistema de asignación de costas procesales y la existencia de acciones colectivas o de clase.

#### *El sistema de asignación de costas procesales*

Fundamentalmente son dos los sistemas más utilizados para la asignación de costas procesales: el sistema británico o continental regido por la llamada regla del vencimiento y el sistema norteamericano regido bajo la llamada regla de independencia. En los sistemas regidos por la regla del vencimiento el perdedor asume las costas procesales de su oponente. En los sistemas regidos por la regla de independencia, sin importar el resultado del juicio, cada parte asume sus propias costas procesales. Mucho se ha discutido sobre los efectos que ambas reglas generan sobre la actitud de las partes para litigar o entablar acuerdos. Hoy en día, parece haber un consenso más o menos generalizado en el sentido de que la regla del vencimiento habrá de propi-

---

<sup>36</sup>PASTOR, Santos, “La exigibilidad de las normas y la resolución de conflictos”, en *IURIS*, España, 1994, núm. 3, pp. 169-171.

ciar más juicios cuando los demandantes estimen que sus probabilidades de ganar sean elevadas, en tanto que la regla de independencia estimulará más juicios cuando los demandantes crean que sus probabilidades de ganar son bajas. Lo anterior, ya que la regla de vencimiento ocasiona que a mayor optimismo en el actor, su percepción de tener que asumir algún tipo de costo se diluya, en tanto que bajo la regla de independencia siempre existirá la certeza de un costo que se habrá de asumir.<sup>37</sup> Como el lector podrá deducir, la regla del vencimiento puede ser útil para disuadir reclamaciones poco fundadas, ya que aumenta los costos esperados del demandante en relación a la regla de independencia.<sup>38</sup> Sin embargo, en comparación con la regla de independencia, la regla de vencimiento puede llegar a reducir la frecuencia

---

<sup>37</sup> El siguiente ejemplo numérico nos puede ayudar a comprender tales ideas: asumamos la existencia de un potencial litigante cuyo costo ( $C$ ) de demandar asciende a \$2000. Asimismo, asumamos que el potencial litigante cuenta con una probabilidad ( $P$ ) de .75 de prevalecer en juicio y por tanto de obtener una sentencia favorable cuyo monto ( $Q$ ) es de \$10,000. Trabajaremos, como ya es costumbre, bajo una hipótesis de neutralidad al riesgo. Bajo la regla de independencia en las costas procesales, el potencial litigante demandará cuando se cumpla la condición  $(P)(Q) \geq C$ . Lo anterior quiere decir que, bajo el supuesto aportado, la demanda se entablará ya que  $(.75)(10000) = 7500 \geq 2000$ . Si la probabilidad de ganar fuese, sin embargo, de .10, la demanda no se entablaría ya que  $(.10)(10000) = 1000 \leq 2000$ . Bajo una regla de independencia el valor mínimo de la sentencia para que el potencial actor tenga incentivos a demandar se da en cuanto se cumple la condición  $(P)(Q) = C$  y por tanto es de \$2000. Despejando variables en la ecuación  $(P)(10000) = 2000$ , podemos deducir que el potencial actor demandará siempre y cuando estime su probabilidad de victoria en cuando menos .20. Ahora veamos qué pasa cuando se opera bajo una regla de vencimiento. Asumiremos los mismos supuestos que el caso anterior con la salvedad de que los costos del litigio para el potencial demandado ascienden a \$3000. Ergo, la condición que se tiene que cumplir para que existan incentivos a demandar tiene que contemplar no solo las costas propias sino también las de la contraparte, ponderadas con la probabilidad de que ambas tengan que pagarse. Esto puede plantearse a través de la siguiente condición:  $(P)(Q) \geq (1-P)(C1+C2)$ . En el caso planteado como  $(.75)(10000) \geq (.25)(3000+2000)$  la demanda se interpondrá. Veamos que sucede si la probabilidad estimada de victoria por parte del potencial actor es de .20 misma que como ya hemos mencionado es la condición mínima para que se entable la demanda en el supuesto de la regla de independencia. En dicho supuesto el valor esperado del litigio para el potencial demandante sería de \$2000. Los costos esperados ascenderían, sin embargo, a \$4000. Por tanto no habrá interposición de la demanda. En este caso el potencial actor solo estaría dispuesto a demandar si la probabilidad de victoria fuese de .33 ya que, despejando variables:  $(P)(10000) = (1-P)(5000)$ , entonces:  $10000P = 5000 - 5000P$ , por tanto:  $10000P + 5000P = 5000$ , luego:  $15000P = 5000$ , finalmente:  $P = 1/3$ .

<sup>38</sup> COOTER, Robert y THOMAS, Ulen, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 519.

de los acuerdos a favor de los pleitos<sup>39</sup>. Por tanto, no resulta posible aducir la primacía cualitativa de una u otra regla ya que las consecuencias que los distintos sistemas de asignación de costas procesales tengan sobre los pedidos de juicio dependerá de las circunstancias concretas de cada caso.<sup>40</sup>

### *La existencia de acciones colectivas y de clase*

En muchos casos aunque el litigio pudiese resultar deseable los incentivos existentes no necesariamente son los adecuados para promoverlo. Supongamos, a efectos de lo anterior, la existencia de una industria que genera residuos contaminantes que ocasionan un daño ( $Q$ ) valorado en \$10,000 en una comunidad compuesta por 100 habitantes. Supongamos asimismo que el costo que enfrenta cada afectado ( $C$ ) para reclamar es de \$150 y que siempre que se reclame se obtendrá un fallo a favor ( $P = 1$ ). Supongamos también, por razones de economía de escala, que el costo de reclamación para el grupo es de \$1000. Si la legislación no contempla la existencia de acciones colectivas, las demandas nunca se interpondrán ya que el beneficio esperado del demandante, neto de los costos de litigación tiene saldo negativo:  $(P)(Q) - C = (1)(100) - 150 = -50$ . Sin embargo, si la legislación contempla la existencia de acciones colectivas, el litigio sí se produciría toda vez que  $\$1000/100 = 10$  y  $10 < (P)(Q)$ . Por tanto y manteniendo otras variables constantes, la existencia de acciones colectivas estimularía la litigiosidad.

### III. TRANSPARENCIA Y LITIGIOSIDAD

Del modelo económico del litigio se advierte que un elemento crucial para la generación de condiciones favorables a la negociación tiene que ver con las expectativas de prevalecer en juicio por parte de los potenciales litigantes. Dichas expectativas, como hemos señalado, se pueden ver influenciadas por multiplicidad de variables. La calidad y cantidad de información disponible para las partes es una de ellas. Entre mejor sea la información con

<sup>39</sup> Al respecto véase: PASTOR, Santos, “¿Penuria de medios? Un análisis empírico de los costos públicos y privados, visibles y ocultos de la justicia”, en *Cuadernos de Derecho judicial*, España, Consejo General del Poder Judicial, 2008, núm. 6, p. 57; y SPURR, Stephen, *Economic foundations of law*, EUA, Thomson, 2006, p. 175.

<sup>40</sup> VERECK, Lode, “El derecho procesal”, en SPECTOR, Horacio (comp.), *Elementos de análisis económico del Derecho*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2004, p.176.

la que se cuenta sobre la probabilidad de prevalecer en un juicio, se abrirán mayores oportunidades para la solución no judicial de la controversia, en especial para la transacción. El contar con mayor y mejor información depende de varios factores. La calidad de los abogados es en este sentido esencial. Abogados más cualificados pueden procesar e interpretar de manera más adecuada la información existente. Sin embargo, lo anterior implica, por lo general, un mayor costo asociado a su contratación. La consistencia y estabilidad del marco legal existente es otra cuestión relevante. Códigos con normas claras y sencillas pueden dotar de mayor previsibilidad al sistema que aquellos casos donde nos encontramos con infinidad de lagunas o vacíos legales. Otra variable relevante reside en la claridad de los criterios de interpretación judicial. Si la jurisprudencia es clara y estable a través del tiempo, la certeza en la aplicación del Derecho será mayor, con el consecuente efecto en la estimación de la probabilidad de ganar o perder por parte de los litigantes.

En este sentido la transparencia cobra especial relevancia. Un sistema transparente crea condiciones favorables para la previsibilidad de la justicia. La opacidad judicial, en contraparte, origina —entre muchos otros problemas— incertidumbre sobre los criterios legales aplicables y el posible contenido de las sentencias. En no pocos casos, lo anterior ha ocasionado que tribunales de la misma envergadura resuelvan casos similares aplicando distintos criterios.<sup>41</sup> Por lo tanto, cuestiones tales como la publicidad de las sentencias o la publicación de criterios jurisprudenciales actualizados contribuiría a dotar de mejor información a los operadores del sistema judicial sobre qué es razonable esperar en torno a la actuación de los órganos jurisdiccionales.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Dicho problema, que además comporta graves consecuencias para la legitimidad del sistema, fue uno de los detonantes para que en Argentina desde 1988 se haya promovido la sistematización y difusión de casos judiciales sobre daños y perjuicios decididos por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Al tenor de lo anterior, se diseñó una estrategia consistente en la creación de una base de jurisprudencia, que utiliza datos estructurados tomados de la prueba y de la decisión y que se acompaña de un proceso para la diseminación de dicha información. Al existir reglas claras y accesibles al público los jueces comenzaron a tomar decisiones más cuidadosas. Por otro lado, las partes y las compañías de seguros comenzaron a tener criterios objetivos para llegar a acuerdos extrajudiciales. GREGORIO, Carlos, “Transparencia en la administración de justicia y acceso a la información judicial”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, 2003, núm.2, pp.117-118.

<sup>42</sup> Al tenor de lo anterior Vereeck señala que: “los beneficios de una decisión judicial van más allá de los intereses directos de las partes. La información generada por el fallo de un

Atendiendo a dichos razonamientos podríamos deducir que aquellos sistemas más transparentes tenderían a favorecer la transacción de las controversias al dotar de mejor información a las partes sobre sus posibilidades de prevalecer en un juicio. El resultado previsible de ello sería un descenso en la litigiosidad. Sin embargo tal aseveración, que en principio pudiese parecer lógica, enfrenta un importante problema. La opacidad, la carencia de previsibilidad y otras disfuncionalidades de un sistema judicial, son elementos que, a su vez, desincentivan el uso del mismo. Allá donde no se confía en los tribunales, los individuos dirimen sus controversias a través de instituciones no jurisdiccionales, formales e informales,<sup>43</sup> o simplemente basan sus relaciones contractuales en la confianza interpersonal con importantes

---

juez estará disponible al público, lo cual podría ayudar a terceros y a futuras partes a evitar la repetición de conflictos similares, ahorrando así los costos involucrados” VERECK, Lode, *op. cit.*, nota 40, p. 169. Una aplicación práctica de dicho razonamiento puede encontrarse en el surgimiento del *Article 26* de la Ley francesa del 5 de julio de 1985. Dicha norma operó como una respuesta del legislador ante el problema del congestionamiento en los tribunales ocasionado por el incremento de asuntos relacionados con daños y perjuicios derivados de accidentes de circulación. La solución concebida por la ley consistió, entre otras cosas, en difundir decisiones judiciales a través del empleo de variables cuantitativas y categorías cualitativas para describir los hechos propios de cada caso (edad de la víctima, género, ingresos, ocupación, miembros de su familia, estado de salud anterior al accidente así como un detalle por cuantías de los daños indemnizados). Los tribunales de apelación comenzaron a publicar periódicamente tablas en las que se resumían las variables de cada caso. Dichas tablas fueron de utilidad para que las empresas de seguros pudiesen realizar propuestas de transacción razonables. Antes del proceso, el demandante —previo conocimiento de la oferta de transacción— decide si ha de seguir con el proceso o si da lugar a la negociación. Si se elige seguir el proceso y el juez advierte que la oferta efectuada no fue razonable, tiene la facultad de penalizar a la compañía en su sentencia de indemnización. Lo anterior ha incentivado un mayor número de negociaciones. GREGORIO, Carlos, *op. cit.*, pp. 116-117.

<sup>43</sup> Instituciones que pueden tener cierto grado de formalidad frente al sistema legal como el arbitraje, la conciliación o la mediación o bien otras que pueden encontrarse en un carril totalmente independiente al mismo. Una interesante —a la vez que divertida— descripción de medios informales para la solución de controversias la podemos encontrar en Gómez y Pérez-Perdomo cuando hablan sobre el caso de la agencia de cobro de deudas Dr. Diablo, así como de la resolución de conflictos dentro en la industria del diamante. GÓMEZ, Manuel y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, “Justicias alternativas en Venezuela”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, 2006, núm. 7, pp. 161-190. Para una distinción conceptual a la vez que un interesante estudio empírico de carácter cualitativo sobre la solución informal de conflictos véase: MENESES REYES, Rodrigo, “La función judicial fuera del espacio institucional: diseño y realidad de los sistemas informales de resolución de conflictos”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, 2006, núm. 8, pp. 13-30.

repercusiones para la maximización del bienestar social.<sup>44</sup> Por tanto, un aumento en la transparencia judicial generaría incentivos para atraer usuarios que, en otras condiciones, estarían dispuestos a dirimir sus controversias a través de mecanismos alternativos de diversa índole. La consecuencia de todo ello sería un aumento en el uso de los tribunales por parte de los ciudadanos. Esto significa un aumento en la litigiosidad. Así, la transparencia tendría dos efectos opuestos: por un lado disminuiría la litigiosidad al generar condiciones favorables para la transacción y por otro la aumentaría al hacer al sistema judicial más previsible.<sup>45</sup> Siguiendo estas ideas podríamos establecer algunas hipótesis:

*Ceteris paribus*, a mayor transparencia en el sistema judicial, más y mejor será la información de la cual gozan los potenciales litigantes. A mayor (y mejor) información más transacciones. A mayor número de transacciones menor litigiosidad. Luego entonces, atendiendo a la propiedad transitiva:

- H1: A mayor transparencia, menor litigiosidad

La hipótesis alternativa sería desarrollada en los siguientes términos:

*Ceteris paribus*, a mayor transparencia, mayor previsibilidad del sistema judicial. A mayor previsibilidad en el sistema judicial, mayor confianza. A mayor confianza, mayor utilización de los tribunales y por ende mayor litigiosidad. Luego entonces, atendiendo a la propiedad transitiva:

- Ha: A mayor transparencia, mayor litigiosidad

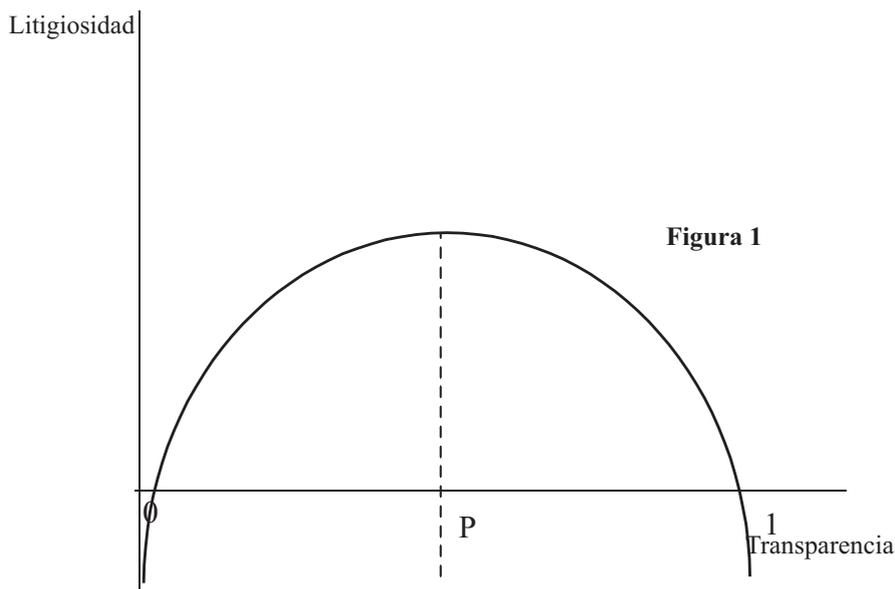
Finalmente y como es de esperar, la hipótesis nula (*Ho*) sostendría la inexistencia de relación entre nuestras variables. Nótese, además, que en *H1* la variable “transacciones” opera como una variable interviniente que

<sup>44</sup> Al respecto véase: GONZAINI, Osvaldo, “Instituciones no jurisdiccionales para la resolución de conflictos”, en *Justicia y sociedad*, México, Serie G: estudios doctrinales, IJ-UNAM, 1994, núm. 167, p. 959.

<sup>45</sup> Parte de lo anterior ha sido expuesto por Vereck al señalar que: “reglas claras conducen a certeza jurídica, lo que a su vez lleva a una determinación más exacta de la situación legal. Esto probablemente reduzca los costos del proceso judicial, no sólo para las partes privadas involucradas (en términos de información, negociación y costos de juicio), sino también para el gobierno en términos de menos cantidad de juicios. Esto último porque, siendo la probabilidad de ganar el juicio mejor conocida por las partes, hay una menor demanda de juicios. Menos juicios significa menores costos administrativos más menores costos por error, lo cual nos retrotrae a la finalidad del sistema judicial según el análisis neoclásico”. VERECK, Lode, *op. cit.*, nota 40, p. 170. Lo que el autor no contempla, es precisamente que la idea de una reducción en los costos del proceso judicial para las partes entraña también la posibilidad de una mayor disposición para acudir a los tribunales. Sobre todo tratándose de sistemas judiciales que transitan de la opacidad a la transparencia.

media la relación entre transparencia (variable independiente) y litigiosidad (variable dependiente). En tanto que en  $H_a$ , la variable interviniente es la confianza.

La respuesta a cuál de los dos efectos domina la relación existente es de carácter eminentemente empírico. Respuesta a la que somos incapaces de llegar debido a la ausencia de datos que nos permitan sostener a contrastación las hipótesis enunciadas. Empero, creemos que un planteamiento conceptual puede sernos de ayuda para hallar una salida teórica al dilema planteado. Esta solución pasa por conceptualizar la relación entre transparencia y litigiosidad como una relación tipo “U” invertida. Esto significaría que niveles de transparencia cercanos a 0 (opacidad) desincentivarían el litigio. A medida que se fuera avanzando en transparencia se estimularía la litigiosidad hasta cierto punto (P) donde el nivel de previsibilidad del sistema judicial se torna tal que, propiciando un cada vez mayor número de transacciones, reducirá de nueva cuenta el número de los litigios hasta que estos prácticamente desaparecen (Figura 1).



#### IV. CONCLUSIONES

Entre los múltiples problemas que aquejan a los sistemas judiciales, el de la congestión procesal es uno de los más importantes. La congestión genera perniciosos efectos que se traducen en dilación procesal así como deficiencias en la calidad de los procesos y las resoluciones. Las políticas para lidiar con el fenómeno pueden ser enfocadas desde el lado de la oferta y/o demanda en los servicios de tutela judicial. En el primero de los casos se trata de acciones tendientes a aumentar la capacidad de procesamiento del sistema a través de la dotación de mayores infraestructuras, nuevos diseños organizacionales o reformas procesales. Por el lado de la demanda las estrategias se orientan a la reducción de la litigiosidad.

La litigiosidad puede verse influenciada por factores de diversa índole: el número de conflictos suscitados dentro de la sociedad, la cuantía en las pretensiones, los costos de acceder al sistema de justicia, la existencia de mecanismos alternativos a la justicia convencional, la capacidad del sistema en la creación de precedentes aplicables entre casos similares, la eficacia en la ejecución de sentencias o el entorno de incentivos en la abogacía. La teoría económica hace énfasis en el papel que las asimetrías de información juegan a la hora de explicar la propensión de las partes a negociar un acuerdo que ponga fin al pleito. Si el sistema judicial genera suficiente información la propensión a negociar será mayor, por tanto el número de pleitos tenderá a decrecer. Sin embargo, en aquellos casos donde el sistema judicial es opaco y poco predecible, los ciudadanos tenderían a tener una menor propensión a dirimir sus conflictos a través del sistema judicial convencional. Lo anterior implica que la transparencia crea una especie de efecto doble. Por un lado, al hacer más previsible al sistema judicial incentiva la transacción disminuyendo el número de pleitos. Por otro, al aumentar la confianza de los usuarios en el sistema habrá de estimular el empleo del mismo y por tanto de generar una mayor litigiosidad.

Aunque responder cuál de los dos efectos prevalece sea una cuestión empírica, nuestro artículo expone una alternativa teórica al fenómeno planteado. Dicha alternativa parte de la idea de que la relación entre transparencia y litigiosidad puede analizarse como si se tratase de una “U” invertida en donde niveles de transparencia cercanos a 0 (opacidad) desincentivarían el litigio y promoverían el empleo de mecanismos informales para la solución de controversias. A medida que se fuera avanzando en transparencia se esti-

mularía la litigiosidad hasta un punto tal en donde el nivel de previsibilidad del sistema hace posible la generación de acuerdos que habrían de reducir nuevamente el número de litigios.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

BANCO MUNDIAL, *Reducir las demoras judiciales: cinco enseñanzas de los Estados Unidos*, Notas PREM, 1999, núm. 34. Disponible en: <http://www1.worldbank.org/prem/premnotes/es/notes34es.pdf>

CASTELLANOS MALO, Jesús, “Los medios alternativos para solucionar los litigios, reforma judicial”, en *Revista Mexicana de Justicia*, México, 2003, núm 1, pp. 3-12.

COOTER, Robert y RUBINFELD, Daniel, “Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution”, en *Journal of Economic Literature*, Estados Unidos de América, 1989, vol. 27, núm. 3, pp. 1067-1097.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE, *2008 Report*. Disponible en: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/english-version/international-affairs/international/european-commission-for/cepej-2008-european6628/>

FENN, Paul y RICKMAN, Neil, “Delay and Settlement in Litigation”, en *The Economic Journal*, Estados Unidos de América, 1999, núm. 109, pp. 476-491.

FOURNIER, Gary y ZUEHLKE, Thomas, “Litigation and Settlement: An Empirical Approach” en *The Review of Economics and Statistics*, Estados Unidos de América, 1989, vol. 71, núm. 2, pp. 189-195.

GÓMEZ, Manuel y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, “Justicias alternativas en Venezuela”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, 2006, núm. 7, pp. 161-190.

GONZAINI, Osvaldo, “Instituciones no jurisdiccionales para la resolución de conflictos” en *Justicia y Sociedad*, México, IIJ-UNAM, Serie G: estudios doctrinales, 1994, núm. 167.

GOULD, John, “The Economics of Legal Conflicts”, en *Journal of Legal Studies*, Estados Unidos de América, 1973, núm. 2, pp. 279-300.

GREGORIO, Carlos, "Transparencia en la administración de justicia y acceso a la información judicial", en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, 2003, núm. 2, pp. 113-136.

LANDES, William, "An Economic Analysis of the Courts", en *Journal of Law and Economics*, Estados Unidos de América, 1971, núm. 14, pp. 61-107.

MENESES REYES, Rodrigo, "La función judicial fuera del espacio institucional: diseño y realidad de los sistemas informales de resolución de conflictos", en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, 2006, núm. 8, pp. 13-30.

MICELI, Thomas, *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property and Litigation*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 1997.

PASTOR, Santos, *Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, España, Tecnos, 1989.

----- "La Exigibilidad de las normas y la resolución de conflictos", en *IURIS*, España, 1994, núm. 3, pp. 155-173.

----- "El coste de la Justicia", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, España, Consejo General del Poder Judicial, 2001, núm. 15.

----- "La sociedad litigiosa", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, España, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

----- "¿Penuria de medios? Un análisis empírico de los costos públicos y privados, visibles y ocultos de la justicia", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, España, Consejo General del Poder Judicial, 2008, núm. 6.

PINTOS, Jesús, "Efectos de la variabilidad sobre la resolución de conflictos", en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, España, 04/2000.

POSNER, Richard, "An Economic Approach to Legal Procedure and Administration", en *Journal of Legal Studies*, Estados Unidos de América, 1973, núm.2, pp. 399-458.

----- *El análisis económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

PRIEST, George, "Private Litigants and the Court Congestion Problem", en *Boston University Law Review*, Estados Unidos de América, 1989, núm. 69, pp. 527-559.

RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, José, "Los métodos alternativos de resolución de controversias", en *Anales de Jurisprudencia*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2000, núm. 247, pp. 321-373.

SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERE, Carlos, “El derecho de daños y la minimización de los costos de los accidentes”, en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, España, 01/2005.

SALVADOR CODERCH, Pablo, “El ABC de la transacción”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, España, 04/2002.

SHAVELL, Steven, “Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs”, en *Journal of Legal Studies*, Estados Unidos, 1982, vol. 11, pp. 55-81.

-----, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Estados Unidos de América, Harvard University Press, 2004.

SONGER, Donald, *et al.*, “An Empirical Test of the Rational-Actor Theory of Litigation”, en *The Journal of Politics*, Estados Unidos de América, 1995, vol. 57, núm. 4, pp. 1119-1129.

SPIER, Kathryn, “The Dynamics of Pretrial Negotiation” en *The Review of Economic Studies*, Estados Unidos de América, 1992, vol. 59, núm. 1, pp. 93-108.

SPURR, Stephen, *Economic Foundations of Law*, Estados Unidos de América, Thomson-South Western, 2006.

VARGAS, Juan Enrique, “Problemas de los Sistemas Alternos de Resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial”, en *Anales de Jurisprudencia*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, núm. 264, pp. 225-298.

VEREECK, Lode, “El Derecho procesal”, en SPECTOR, Horacio (comp.), *Elementos de análisis económico del Derecho*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 165-200.