

## ¿ESTIMULAR LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS?

Carlos Peña González<sup>1</sup>.

Recomendar el uso de mecanismos alternativos al estrictamente jurisdiccional para la resolución de conflictos constituye, hoy en día, casi un lugar común. La frecuencia con que se apela a ellos no es proporcional, sin embargo, a una reflexión acerca de sus ventajas o desventajas. Las palabras que siguen sugieren algunas líneas de trabajo que podrían suplir parte de ese vacío. Voy a sugerir que no es posible evaluar el uso de mecanismos alternativos sin hacer explícita alguna idea acerca de en qué consiste una comunidad política. Si usted imagina una sociedad como un remedo del mercado -como un espacio en el que cada uno intercambia preferencias individuales-, entonces usted contará con una forma de evaluar el uso de mecanismos alternativos. Si, en cambio, usted imagina a la sociedad como un espacio de deliberación en el que forjamos parte importante de nuestras preferencias, entonces usted contará con una forma de evaluar estos mecanismos que pondrá de manifiesto aspectos que la otra oculta. La decisión de usar o no mecanismos alternativos -y la decisión de fomentarlos o no y en qué áreas- no es entonces una decisión técnica, políticamente indiferente, sino una decisión relativa al autogobierno colectivo. Voy a comenzar examinando un punto de vista liberal respecto de estos mecanismos (I). Adoptaré luego un punto de vista democrático (II). Finalmente registraré algunas conclusiones (III).

### I

La decisión de emprender un litigio -si la analizamos desde los supuestos de la racionalidad neoclásica<sup>2</sup>- es función de múltiples variables. Con todo, usted decidirá litigar si es que el bienestar que espera del litigio está por sobre el nivel de los costos en que deberá incurrir para litigar (Shavell, 1981, 3 y ss). Por supuesto, en su tasa de bienestar hay bienes que no son directamente monetarios (un cierto deseo de venganza, por ejemplo), pero a los que usted asigna un cierto valor (representado por el costo que está dispuesto a afrontar para satisfacer ese deseo de venganza). Si, en cambio, los costos en que usted debe incurrir para litigar están por sobre los beneficios esperados de la litigación, entonces usted buscará bienes sustitutos o, simplemente, abandonará el conflicto. Si, por ejemplo, de ir a juicio usted ganaría 10.000 con una probabilidad de un ochenta por ciento, y los costos de ir a juicio son de 2.000, entonces usted preferirá litigar. Si su probabilidad -sobre 10.000- es de un diez por ciento, usted, entonces, preferirá no hacerlo.

Haciendo pie en ese sencillo modelo de litigación, un mecanismo alternativo puede ser entendido de tres formas distintas. En primer lugar, puede ser visto como un bien sustituto del litigio jurisdiccional. Un bien que las personas muestran disposición a

---

<sup>1</sup> Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Santiago- Chile).

<sup>2</sup> Un litigante posee una escala de preferencias que procura maximizar. Su acción se desenvuelve en un entorno de preferencias o en un conjunto de oportunidades del que el litigio, o los mecanismos alternativos, forman parte. Suponemos que el litigante adoptará siempre aquel curso de acción que maximice la suma total de su utilidad marginal. Estos supuestos parecen indispensables cuando -como lo supongo- la decisión de litigar o, en cambio, de usar un mecanismo alternativo, pertenece a las partes.

adquirir cuando el bien directamente apetecido -el litigio jurisdiccional- resulta demasiado caro. Por ejemplo, usted muestra propensión a usar un sistema alternativo porque, siendo su probabilidad en el litigio de un 10 por ciento -sobre una ganancia de 10.000- los costos de usar la mediación, por ejemplo, son nada más de 800 (versus los 2.000 del litigio). En segundo lugar, puede ocurrir que el mecanismo alternativo sea un bien directamente competitivo del jurisdiccional. Un bien que provee los mismos o mejores beneficios que el jurisdiccional. Tal sería el caso, por ejemplo, del arbitraje, que al ahorrar los costos de espera, podría reducir los costos de litigar de 2.000, por ejemplo, a 1.500. En este caso, usted obtiene lo mismo a menor costo. En fin, todavía es posible que el mecanismo alternativo sea una forma de poner término al litigio jurisdiccional. Un bien que no reemplaza, sino que apura el término del litigio jurisdiccional. Usted advierte que sostener el litigio elevará los costos por sobre la ganancia esperada. Recurre entonces a un mecanismo alternativo para disminuir los costos totales. En todos esos casos, es eficiente la elección de un mecanismo alternativo al estrictamente jurisdiccional para la resolución del conflicto.

Hay varios supuestos que, sin embargo, deben ser satisfechos para que esa elección eficiente se produzca. En general, el mecanismo alternativo debe ser capaz de *predecir* el resultado del juicio o, en otras palabras, el bienestar esperado debe ser el mismo en el pleito y en el mecanismo alternativo. Es necesario, además, que usted pueda apreciar los costos del litigio. En fin, es necesario que la sociedad ofrezca mecanismos alternativos, bienes sustitutos al jurisdiccional de los que usted pueda hacer uso.

Esos supuestos, sin embargo, no siempre se verifican.

Es posible pensar que si el mecanismo alternativo de resolución de disputas es predictivo del resultado del juicio, las partes podrán preferirlo si es más barato, es decir, si sus costos directos o indirectos son menores. Suponga que el demandante cree contar con una probabilidad de setenta por ciento sobre un bienestar de 10.000, que el costo del juicio (el costo directo más los tiempos de espera) es de 2.000, y que el costo del mecanismo alternativo (el costo directo más los tiempos de espera) es de 1.000. El demandante preferirá por más barato el mecanismo alternativo si es el caso que el bienestar esperado es igual al del litigio (así en el litigio  $7.000 - 1.000 = 6.000$ , en el mecanismo alternativo  $7.000 - 500 = 6.500$ ). Lo mismo ocurrirá con el demandante (Shavell, 1995). Si el mecanismo alternativo no es predictivo del resultado del juicio, entonces su tasa de bienestar puede inducirlo a litigar aunque esto último posea costos mayores (si usted es averso al riesgo, podría preferir litigar antes que arriesgar un resultado azaroso o poco probable en el mecanismo alternativo).

A veces no es posible contabilizar todos los costos del litigio (Shavell, 1997). Puede ocurrir que usted haga recaer (externalice) parte de los costos de litigar en terceros que no participan de su decisión. En tal caso, usted decidirá litigar incluso en el caso que los costos de hacerlo estén por sobre el beneficio esperado de la litigación. Es posible que disminuya los costos de litigar que usted recurra a un mecanismo alternativo; usted sin embargo no lo hace porque hay parte de esos costos que usted no paga. En una situación semejante, su decisión, siendo racional, es socialmente perjudicial. La sociedad en su conjunto habrá despilfarrado parte de su bienestar: la suma total de los costos sociales y privados del litigio estarán por sobre el bienestar esperado. La sociedad será más pobre después de su decisión. Si los costos de litigar son 30, pero usted externaliza 10, entonces -para decidir si litiga o recurre a un mecanismo alternativo- usted contabilizará

nada más que 20. Si su bienestar esperado es 25, usted litigará y la sociedad será más pobre luego de su decisión. Usted cambió 20 por 25, pero la sociedad habrá cambiado 30 por 25 (habrá invertido 30 en trasladar a sus manos una riqueza de 25).

La situación inversa es también posible. Puede ocurrir que parte de los beneficios de la litigación recaigan sobre terceros que no pagan directamente por ellos. En este caso, hay beneficios que usted no contabiliza y, por lo mismo, puede ocurrir que usted entonces decida no litigar. En este caso, la sociedad se habrá empobrecido: estará peor después de su decisión. Quizá el uso de un mecanismo alternativo provee menores beneficios que el litigio, pero usted igualmente decide usarlo debido a que los beneficios del litigio no recaen íntegramente en usted. Suponga usted que el litigio posee un efecto público que inhibe conductas socialmente indeseables y que el mecanismo alternativo no. En ese caso, la sociedad tiene interés en que usted litigue. Usted, sin embargo, en la medida en que no internaliza directamente ese beneficio, puede preferir no hacerlo.

Las situaciones precedentes -derivadas de un modelo muy simple- muestran hasta qué punto los niveles de información disponibles en la sociedad pueden ser decisivos para que se haga un uso socialmente beneficioso de los mecanismos alternativos. Como la decisión de litigar o, en cambio, de recurrir a mecanismos alternativos es voluntaria, la decisión de hacer uso o no de los mecanismos alternativos pertenece a los eventuales litigantes. Para que la decisión del litigante sea socialmente beneficiosa, se requiere contar con información acerca del litigio (es decir, que dentro de ciertos niveles la decisión judicial sea predecible) y que no existan divergencias entre los costos sociales y privados de litigar (es decir, que no existan externalidades no compensadas). Si no se cumplen esas dos condiciones, los eventuales litigantes adoptarán decisiones racionales, pero ineficientes. No se trata, entonces, de nada más fomentar el uso de mecanismos alternativos al jurisdiccional para resolver conflictos. Para que esos mecanismos contribuyan al bienestar social -y no equivalgan a un despilfarro- parece imprescindible que las partes cuenten con la información necesaria para adoptar decisiones convergentes con el bienestar social. De otra forma -incluso con un amplio uso de mecanismos alternativos- la sociedad puede ser más pobre.

## II

El análisis precedente supone que la justicia opera bajo una racionalidad de mercado. El sistema de justicia sería un mecanismo para coordinar preferencias de los individuos. Cada litigante poseería preferencias firmes que le interesaría maximizar y los mecanismos de resolución de conflictos cumplirían la función de maximizar las preferencias preexistentes de los individuos al menor costo posible. El sistema de justicia -desde el punto de vista que acabamos de asumir- sería una institución que tiene por objeto, simplemente, coordinar las preferencias de los individuos. Podemos, por lo mismo, denominar a ese punto de vista un punto de vista liberal (por analogía con la forma en que Locke imagina la sociabilidad humana).

Es posible, sin embargo, analizar el sistema de justicia desde otro punto de vista. Deseo denominar a este punto de vista un punto de vista democrático (por analogía con la forma en que Rousseau imagina la sociabilidad humana).

Conforme al punto de vista democrático, la sociedad no consiste simplemente en la convergencia de sujetos provistos de preferencias antecedentes y firmes. El momento de

comunidad política, desde este punto de vista, contribuiría a forjar las preferencias de los individuos, de manera que cuando decidimos qué sistema de justicia vamos a adoptar, estamos, en verdad, decidiendo qué tipo de preferencias vamos a favorecer en los ciudadanos. Desde este punto de vista, un sistema de justicia no se ocupa solamente de decidir cómo los ciudadanos van a maximizar sus preferencias, sino que el sistema de justicia sería capaz de influir en las preferencias que los ciudadanos van a tener. Usted puede imaginar a un sistema de justicia no solamente como un mecanismo cuya función consista en arbitrar diferencias entre individuos. Todavía puede ocurrir que el sistema de justicia posea otras funciones que los mecanismos alternativos no pueden ejecutar. Si eso es así -si el sistema de justicia adversarial o estatal- posee otras funciones que van más allá de la mera resolución de un conflicto y si esta otra función no puede ser suplida por bienes sustitutos, entonces la promoción de los mecanismos alternativos podría importar una pérdida neta para nuestra sociedad, una pérdida que nada podría remediar.

Un punto de vista semejante al anterior, es el que ha sido sugerido por O. Fiss. Fiss ha sostenido que la justicia adversarial posee una dimensión pública de la que los sistemas alternativos de resolución de conflictos carecen (Fiss, 1998). El litigio judicial, sugiere Fiss, es una forma de modelar nuestras instituciones a la luz de las promesas que contiene el sistema legal y la constitución. “Acudimos a los tribunales porque necesitamos hacerlo y no debido a una peculiaridad de nuestra personalidad. Entrenamos a nuestros estudiantes en las artes duras para que ayuden a garantizar todas las promesas de la ley, y no porque queremos que se conviertan en gladiadores...” (Fiss, 1998, 69). En conformidad a este punto de vista, los ciudadanos modelamos nuestras instituciones mediante el litigio judicial. Cómo sea el ambiente en que desenvolvemos nuestras vidas, es una cuestión que depende, en cierta medida, de la disputa legal decidida por los tribunales: *Brown versus Board of Education* acredita cuán importante es el litigio judicial y la dimensión pública que posee.

Conforme al punto de vista que acabo someramente de presentar -según el cual el litigio posee un valor público insustituible- una sociedad política desenvuelve inevitablemente sus compromisos públicos mediante el debate que se lleva a cabo en los tribunales. En los tribunales no sólo debatiríamos acerca de nuestros particulares intereses -acerca de los bienes de que usted o yo somos directamente titulares- sino también acerca del conjunto de nuestras instituciones, acerca de los bienes que forman parte de nuestra comunidad política. El contencioso familiar, por ejemplo, no sólo sería una forma de resolver un problema que atañe a las personas directamente involucradas, sino que sería una forma de ir resolviendo qué tipo de convivencia es la que el conjunto de la comunidad política está dispuesta a amparar. Es cierto que en el contencioso familiar hay aspectos que forman parte de la privacidad y de la intimidad de quienes participan, pero la respuesta a ese contencioso no debe ser una respuesta privada, es una respuesta pública. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos equivalen -según quienes asumen el punto de vista que he denominado democrático- a una privatización de los conflictos. Suponen que los conflictos pertenecen íntegramente a los involucrados, descuidando que mediante ellos vamos dibujando la forma de sociabilidad que queremos para nuestros hijos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Por supuesto, el punto de vista democrático es conceptualmente compatible con el punto de vista que he denominado liberal. El punto de vista económico afirmaría que, conforme a la perspectiva democrática, el litigio posee externalidades positivas de tal entidad que conviene subsidiarlo para alentar la utilización de los tribunales.

Para el punto de vista democrático -que creo ver representado en Owen Fiss- la deliberación efectuada en el proceso político y en los tribunales es una fuente de normatividad que nada podría sustituir. La autogestión de los conflictos -como si ellos fueran una extensión de la propiedad privada o formas de terapia a las que voluntariamente nos sometemos- constituirían un punto de vista que acaba deteriorando el ideal democrático y reduciendo toda forma de sociabilidad a una forma de mercado.

### III

Ninguno de los argumentos precedentes puede ser juzgado en términos puramente conceptuales. Una evaluación correcta exige efectuar algunas consideraciones pragmáticas y, en algún sentido, políticas.

Desde luego, la evaluación de los mecanismos alternativos -que es posible efectuar desde la economía neoclásica- sugiere un conjunto de presupuestos que es necesario verificar para que tenga éxito y contribuyan al bienestar. El más importante de ellos, como sugiere Shavell (Shavell, 1995), es el carácter predictivo del mecanismo. Un mecanismo es predictivo si es el caso que sabemos, con alto grado de probabilidad, que la solución que proporciona se mueve en el rango de soluciones que provee el tribunal. Sólo si el mecanismo es predictivo en ese sentido, tenemos razones para estimarlo más barato y preferirlo respecto de la solución jurisdiccional estricta. Si, en cambio, el mecanismo no es predictivo, entonces es inconmensurable con respecto a la solución adversarial provista por el tribunal y el individuo carece de toda posibilidad de elegir el medio más barato, el que más contribuye a su bienestar. Ahora bien, en el caso de la región latinoamericana parece difícil que el mecanismo alternativo sea predictivo atendida la falta de precedentes del sistema y la falta de información acerca de sus propios resultados (Vargas, Peña, Correa, 2000). En otras palabras, un sistema judicial de alta contingencia -como el que en general existe en América Latina- impide comparar por relación a sus costes la solución adversarial con la solución alternativa, v.gr., obtenida a través de la mediación. Un justiciable, puesto a escoger el medio más eficiente para obtener una solución al conflicto del que es partícipe, carece de información óptima para adoptar una elección como la que el paradigma de la racionalidad neoclásica exige.

Lo anterior no conduce, necesariamente, a preferir para América Latina la solución institucional por la que Fiss aboga en el mundo norteamericano. Como el propio Fiss lo reconoce (Fiss, 1998) concebir el proceso judicial como una cuestión pública podría ser peculiar a los Estados Unidos y quizá en países como los latinoamericanos no podamos, por lo pronto, proteger una judicialización de los valores sociales que, en los hechos, no existe. Sin embargo, en los países de la región latinoamericana es posible constatar la existencia de un movimiento a favor de la litigación de interés público que, desde el punto de vista aspiracional, coincide con el modelo que Fiss defiende. Una probable inconsistencia estratégica debe ser aquí, entonces, analizada puesto que no parece plausible excluir ciertos asuntos -el contencioso familiar, por ejemplo- de la esfera de lo público establecido que ese tipo de contienda supone valores que a una sociedad democrática le interesa proteger.

Quizá el problema de la región consista en que buscamos soluciones alternativas para algo que es deficitario y débil: un sistema de justicia estatal aparatoso, pero ineficiente.

Quizá busquemos, un poco irreflexivamente, alternativas para algo que todavía no acaba de constituirse bien.

### **Bibliografía.**

Fiss, Owen, *Contra el acuerdo extrajudicial*, (The Yale Law Journal, vol. 9, N.º 6, 1984), en: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 3, N.º 1, 1998.

Shavell, S. *Suit and settlement vs trial: a theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs*, National Bureau of Economic Research, Working papers, 662, 1981.

*Alternative dispute resolution: an economic analysis*, The Journal of Legal Studies, The University of Chicago: vol. 24, 1995.

*The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system*, The Journal of Legal Studies, vol. 26, 1997.

Vargas, Peña y Correa, *El rol del mercado y del estado en la justicia*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2000.