

# **BORRADOR**

## **OPCIONES DE POLÍTICA PÚBLICA PARA ACERCAR OFERTA Y DEMANDA POR JUSTICIA CIVIL Y COMERCIAL\***

**México, 10 al 12 de Mayo de 2.001**

**Juan Enrique Vargas\*\***

**Director Ejecutivo**

**Centro de Estudios de Justicia de las Américas**

### **I. INTRODUCCIÓN.**

Con mayor o menor énfasis, desde fines de la década de los ochenta, prácticamente todos los países latinoamericanos han experimentado cambios hacia sistemas políticos más abiertos, competitivos y democráticos y, probablemente con más fuerza aún, a economías abiertas, regidas por reglas de mercado. Ello ha conducido a una profunda transformación de las funciones del Estado, su organización y estilo. Esa transformación ha sido acompañada de una reflexión que, con mayor o menor éxito, ha procurado reconocer el proceso, influir en él y, sobretodo, adaptar las instituciones a esas nuevas realidades. Ese replanteamiento intelectual acerca del quehacer del Estado se ha centrado fundamentalmente en el Poder Ejecutivo y sus agencias y ha sido mucho más débil en lo que se refiere al quehacer legislativo y judicial.

---

\* Esta ponencia ha sido elaborada a partir de las conclusiones de una investigación dirigida por el autor, realizada en la Universidad Diego Portales de Chile, la cual se encuentra publicada en el libro "El Rol del Estado y del Mercado en la Justicia" (Ver Referencias Bibliográficas). Ese trabajo fue realizado en coautoría con Jorge Correa y Carlos Peña.

\*\* Abogado y Magíster en Gestión y Políticas Públicas. Email: [juan.vargas@cejamericas.org](mailto:juan.vargas@cejamericas.org)

La circunstancia de que los poderes judiciales no experimentaran ajustes estructurales de relevancia, ni cambiaran siquiera su forma tradicional de trabajo en área especialmente sensibles, no ha sido óbice para que las transformaciones económicas hayan impactado fuertemente en la cantidad y composición del trabajo judicial. (Vargas, Correa y Peña, 2001). Existen indicios que permiten afirmar que este mismo proceso ha ocurrido en todos los sistemas jurídicos en América Latina (Correa, 1997).

Por otra parte, la literatura; la actitud de los gobiernos; la preocupación del sector privado y de las organizaciones internacionales permiten afirmar, sin temor a equivocarse, que los actores del sistema político y productivo perciben que el Poder Judicial adquiere un papel relevante, y a veces decisivo, en áreas claves de la consolidación de la democracia y del funcionamiento eficiente de la economía (Vargas, 2000). Así, los jueces son llamados a resolver casos de corrupción política de gran trascendencia; a fiscalizar actos de gobierno; a conocer de impugnaciones a políticas públicas de enorme impacto; a jugar un papel decisivo en el control del narcotráfico y de la delincuencia y a resolver conflictos económicos de enorme trascendencia para el funcionamiento del mercado, incidiendo no pocas veces en la seguridad que se infunde a los inversionistas, en el costo del crédito, en las relaciones laborales o en el equilibrio entre desarrollo económico y cuidado del medio ambiente.

La constatación empírica de las vinculaciones existentes entre el sistema jurídico y judicial con el desarrollo económico se ha visto reforzada con avances teóricos habidos en los últimos años. El desarrollo de la nueva economía neoinstitucional o la escuela del llamado análisis económico del derecho, han ejercido un rol destacado en tal dirección.

Para los economistas de la denominada *Nueva Economía Institucional*, iniciada por Douglas North, el mercado no funciona en el vacío, puesto que para que las transacciones se produzcan, y con ello una eficiente asignación de los recursos, se requiere de un conjunto de instituciones que lo hagan posible. Tales instituciones pueden tener tanto un carácter formal, como lo son las leyes y organismos, como uno informal, como lo es todo el espectro cultural de una sociedad (North, 1993). Las instituciones son las verdaderas

“reglas del juego” en torno a las cuales se producen los intercambios, siendo entonces ellas las que determinan cuán costosos pueden ser éstos, es decir, si será fácil o complejo reunir información sobre los potenciales contratantes, llegar a un acuerdo entre ellos, redactar los contratos y, lo más importante, monitorear su ejecución y, eventualmente, obligar a su cumplimiento. Mientras más complejos sean los tipos de transacciones, más impersonales y duraderas, más relevante pasa a ser el rol de las instituciones (Eyzaguirre 1995; Saez, 1998).

Entre tales instituciones, destaca precisamente el Poder Judicial, el que juega el rol de un tercero independiente dotado de reglas procesales preestablecidas y de coercibilidad para forzar el cumplimiento de los contratos (y el respeto a la ley) sin que sea necesario que las partes negocien ni su constitución, ni su forma de funcionamiento, ni los alcances de sus resoluciones, temas en los que sería posible no llegaran a acuerdos.

El análisis económico del derecho se acerca a estas mismas cuestiones desde una perspectiva diversa. Esta escuela releva que las decisiones judiciales no sólo tienen consecuencias ex post para los actores, sino que las expectativas sobre el modo en que resolverán los jueces condiciona ex ante el comportamiento de todos los agentes económicos. Por lo mismo, cuán eficientes sean las señales que por esta vía se envíen al mercado, pasa a ser un tema de consecuencias relevantes. El análisis económico del derecho entonces ha puesto de manifiesto la importancia que tienen, para las decisiones de los agentes económicos, no sólo los criterios con que adoptan sus decisiones los tribunales, sino también el grado de información que estos entregan y su predictibilidad.<sup>1</sup> Siendo el mercado el sistema más eficiente para asignar los recursos, el análisis económico analiza las decisiones judiciales –que operan precisamente cuando fallan los mecanismos de mercado- en función de cuánto son capaces de emular las soluciones que el mercado –de haber operado- hubiera dado para esas mismas situaciones.

---

<sup>1</sup> Es necesario resaltar que cuando aducimos argumentos justificativos en términos económicos para la existencia del Poder Judicial, no estamos pensando solamente en cuánto favorece éste el comercio o el mercado directamente, sino en general, en cuánto hace más eficiente el actuar humano, en todas sus dimensiones. Por lo anterior, el análisis económico es tan relevante para el derecho civil como puede serlo para el penal o cualquiera otra rama.

Son muchas entonces las razones que, desde una perspectiva económica, pueden aducirse para la reforma y modernización de los sistemas judiciales, fundamentalmente en las áreas civil y comercial, que es concretamente el objeto de esta ponencia. Sea que se considere que los sistemas judiciales gravitan en los costos de transacción, facilitando o dificultando el cumplimiento de los acuerdos, o porque entregan información a los actores que puede inducirlos a comportarse en forma más o menos eficiente<sup>2</sup> o simplemente porque pueden poner coto a conductas oportunistas o delictivas que atentan en contra el comercio o de la convivencia libre y pacífica entre las personas.

Las ventajas que tiene una aproximación de este tipo para entender y encausar el fenómeno judicial ha tenido escasa recepción dentro del medio jurídico y en las políticas públicas aplicadas en el sector. Es más, en siguen primando en esta área un conjunto arraigado de concepciones que se muestran como obstructivas del proceso de cambio que debe experimentar el Poder Judicial (Vargas, Correa y Peña, 2001).

## **II. LAS CONCEPCIONES TRADICIONALES SOBRE LA JUSTICIA**

A continuación analizaremos algunas de las concepciones paradigmáticas que se sostienen en el medio jurídico sobre la naturaleza de la función judicial.

- 1. La concepción de que la justicia es un bien que no puede medirse en términos de eficiencia.** En conformidad a esta concepción, los estudiosos del derecho son reacios a medir el rendimiento social de los recursos que se invierten en justicia; el consumo de

---

<sup>2</sup> Una solución eficiente es aquella que maximiza la utilidad social. En un conflicto entre dos partes, la solución eficiente será aquella en que las utilidades de cada una sumadas alcanzan el mayor valor. Si valoramos la utilidad, siguiendo a Posner, como aumento de la riqueza - lo que permite comparaciones intersubjetivas -, la solución eficiente será aquella que haga más altas las ganancias sumadas de ambas partes. Consideraciones de este tipo pueden llevar, por ejemplo, a asignarle a una empresa el derecho a contaminar el aire, si los beneficios que esto le reporta son menores que los costos de reparar los daños que genera. En el caso propuesto la solución inversa, prohibirle a la empresa contaminar, sería ineficiente ya que las ganancias totales serían menores.

recursos o su eficiencia; los abogados y los jueces se sienten ofendidos cuando su actividad es evaluada en estos términos y todos los profesionales del derecho entienden que su quehacer se mueve en el mundo abstracto de los valores (y generalmente de los valores absolutos); por lo que se encuentran poco dispuestos a analizar su quehacer midiendo, por ejemplo, productividad.

- 2. La concepción de que la justicia es un bien público, por lo que necesariamente debe ser proveído por el Estado.** Como se sabe los bienes públicos, a diferencia de los privados, no se consumen por su uso y es imposible o muy costoso restringir su acceso a una persona determinada. En tal situación se encuentran, por ejemplo, las luces que iluminan las calles o la defensa nacional. Frente a este tipo de bienes el mercado falla como mecanismo eficiente de asignación de los recursos, pues no existen incentivos para los privados para proveerlo en cantidad eficiente ya que todos esperan que lo haga otro y así aprovecharse gratis de ellos. En economía este fenómeno se denomina del “free rider” o del “polizón”.

Conforme a esta concepción se cree que acceder a la justicia no tiene costos (económicamente, que el costo marginal de una nueva causa es igual a cero) y se derivan otras creencias importantes para nuestro análisis:

- La primera es que el sistema judicial no debe ser selectivo, sino capaz de resolver todo conflicto jurídicamente relevante que se verifique en la realidad; premisa que se ha adoptado por los juristas como una especie de dogma y garantía de un estado de derecho (sin el cual, suele agregarse, regiría la ley del más fuerte y la convivencia se haría caótica)
- La creencia conforme a la cual no hay bienes sustitutos al jurisdiccional que el estado deba promover y financiar

- Que el acceso al sistema judicial debe ser gratuito o, al menos, que no deben haber tasas judiciales para litigar o que estas deben ser insignificantes para no obstruir el derecho a la justicia.

**3. La concepción de que la justicia sólo interesa a las partes.** Aunque parezca contradictorio con lo expresado anteriormente, la idea de que la justicia es un bien público sólo alcanza actualmente a la estructura de provisión del bien (su financiamiento y los mecanismos de selección), pero no se traduce en un **sentido público** de la función judicial. En los hechos, al momento de impartirse justicia nuestros sistemas judiciales privilegian en mucha mayor medida los intereses de las partes en el litigio que los generales de la sociedad que pudiesen verse comprometidos. Nuestros sistemas judiciales han sido contruidos –y nuestros tribunales los aplican- en función de la resolución de los casos concretos que se presenten, de hacerle “justicia” a las partes en el litigio, prescindiendo casi totalmente de las consecuencias sistémicas que podría tener su función.

La prueba más palpable de ello es el efecto relativo que tienen las sentencia judiciales: la ausencia de precedentes de carácter general sobre la sociedad y la escasa o nula importancia que tradicionalmente han tenido recursos como el de casación, precisamente destinados a uniformar la interpretación legal. Sistemáticamente nuestros tribunales más altos han preferido actuar como jueces de instancia antes que verdaderos tribunales de casación.

### **III. POR QUÉ ESTAS CONCEPCIONES SON ERRÓNEAS**

#### **1. La justicia no constituye un bien público.**

Un examen de la justicia civil y comercial -de la composición del litigio y de su comportamiento- ponen de manifiesto que, en esas áreas, la justicia no constituye un bien público. No es verdad que la incorporación de un nuevo litigante carezca de costos o que no exista rivalidad por acceder al aparato de justicia o que no sea posible excluir a un nuevo consumidor. Ninguno de esos rasgos –propios de un bien público- los presenta la justicia civil y comercial. Al contrario, ese tipo de justicia constituye un bien privado, cuyos beneficios -aunque no la totalidad de sus costos- se internalizan predominantemente en los litigantes. Al proveerse ese tipo de justicia como si fuera un bien público, se produce un resultado socialmente ineficiente: como los litigantes no pagan la totalidad de los costos asociados a ese bien, su tasa de bienestar asociada al litigio se acrecienta. Los sujetos tienden, entonces, a litigar más, incluso más allá de aquello que resulta eficiente desde el punto de vista del bienestar social. Aunque los costos asociados al litigio son superiores al beneficio que con él se obtiene, de todas suertes los sujetos tienden a demandar. Existe, dicho en términos técnicos, una divergencia entre los costos sociales y privados del litigio.

## **2. La justicia no es un puro problema de valores**

Circunscribir la justicia exclusivamente a un problema de principios o valores importa ignorar un problema básico, el de la escasez. En este tema, como en cualquier otro que preocupa a las políticas públicas, las necesidades superan a los recursos destinados a satisfacerlas. Aunque nos pese, no es posible dar justicia de idéntica calidad a un número ilimitado de demandantes. No es posible porque, como decíamos, la justicia sí tiene costos: cada caso adicional consume parte de los recursos del sistema, por lo que tienden a agotarse desde el momento en que no existe capacidad instalada ociosa o, dicho en otros términos, desde que hay congestión.

Dada esta realidad innegable, los sistemas judiciales necesariamente deben buscar mecanismos de ajustes. Si el problema no se acepta ni se asume públicamente,

necesariamente debe recurrirse a mecanismos oscuros de selección. Veamos cuales han sido tradicionalmente estos:

- poner barreras al acceso al sistema ya no a través de costos explícitos, sino mediante costos indirectos (como los de asesoría letrada o transporte)
- estableciendo mecanismos engorrosos que dificulten a los no iniciados acceder a los sistemas judiciales, ya sea por el lenguaje empleado o por los procedimientos que deben seguirse.
- descartando asuntos por vías anormales (archivos, pérdida de expedientes, etc.)
- disminuyendo la calidad del trabajo judicial

En cambio, si el problema se asume puede llegarse a mecanismos transparentes de selección, los que, por lo mismo, tienden a ser más eficientes, menos arbitrarios y socialmente más justos, tal como veremos más adelante.

### **3. Aunque la justicia no sea un bien público ella sí genera –o puede generar– beneficios públicos**

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, la justicia o, si se quiere, cada acción judicial, genera importantes externalidades o efectos positivos sobre el conjunto de la sociedad, que no son internalizados por cada demandante. Un sistema de justicia y la información contenida en la práctica judicial, disminuye los costos de transacción y disuade de cometer ilícitos por la vía de asignarles costos claros y probables.<sup>3</sup> Un sistema de justicia que funciona, produce, entonces, beneficios indiscriminados que se extienden más allá de los litigantes. Es esta la dimensión pública de la justicia.

---

<sup>3</sup> La comunidad toda se beneficia de un sistema donde las deudas se pagan, existiendo mecanismos eficientes para exigírselos a quienes no lo hagan voluntariamente. Es este un efecto de carácter general que no internaliza cada demandante al iniciar una acción judicial en su propio interés.



En presencia de esos beneficios, el óptimo privado en la provisión del bien justicia se diferencia del óptimo social: en una situación como esa hay una parte del beneficio de litigar que no recae en el litigante. El Estado debe, entonces, financiar esa proporción de los beneficios con cargo a rentas generales para, de esa manera, favorecer el logro de un óptimo social.<sup>4</sup> En otros términos, sólo es posible alcanzar un óptimo en la provisión de este bien cuando el Estado les compensa a los particulares que acceden al sistema el monto de las externalidades que, sobre la comunidad, están generando con su acción.

Todo ello sin perjuicio de que el Estado desee, ya no por razones eficientistas sino distributivas, subsidiar a las personas más pobres para que puedan acceder a estos servicios. El financiamiento íntegro estatal de la justicia, lejos de favorecer a los más pobres, termina perjudicándolos y produciendo efectos muy negativos sobre la calidad del servicio que se ofrece.

#### **IV. Opciones de Política Pública**

A continuación deseamos explorar diversas respuestas posibles frente al fenómeno de una demanda creciente por servicios judiciales que ha llevado en muchos países al colapso de estos servicios, lo que repercute muy negativamente en la atención que se le da sus usuarios, en la duración de los procesos y en la calidad de las resoluciones judiciales. En general las respuestas a este fenómeno pueden venir por el lado de la oferta de los servicios de justicia, que es la variable sobre la que tradicionalmente se ha tratado de incidir; o bien sobre la demanda por la misma, donde ha sido común una autorestricción al desarrollo de políticas públicas, producto de las erradas concepciones sobre el bien justicia a que antes aludíamos.

---

<sup>4</sup> En la medida, ciertamente, de que los costos de esa intervención no superen los beneficios derivados de ella.

## **1. Políticas vinculadas a la oferta de servicios judiciales**

### **1.1 Aumento de Cobertura de los Sistemas Judiciales**

Esta es la respuesta más natural y obvia y, por lo mismo, la más socorrida, ante el crecimiento de la demanda judicial. Sin embargo nos resulta hoy en día a todas luces insuficiente, no sólo por las limitaciones de recursos en términos absolutos que impiden hacer crecer en forma ilimitada a los servicios judiciales, sino también porque emplear indiscriminadamente recursos en este sector, habiendo tantos otros carenciados, no pareciera ser socialmente una buena respuesta. Como se sabe, la rentabilidad de los recursos es decreciente y por más que los sistemas judiciales de la región hayan estado tradicionalmente abandonados y no se haya invertido lo suficiente en ellos -por lo que muchas veces están justificadas las peticiones de mayor gasto-, necesariamente ha de llegar un momento en que la rentabilidad social de esos recursos sea negativa.

El mayor problema de los aumentos indiscriminados de cobertura es que ellos sólo por un corto período implican un alivio en el trabajo de los tribunales -con la consiguiente reducción de la duración de los procesos y aumento de la calidad del servicio y trabajo judicial-, pues rápidamente son cubiertos por una nueva demanda que es atraída al sistema, hasta el punto de dejarlo en situación igual o parecida a la anterior.<sup>5</sup> Se podrá decir que ello es socialmente beneficioso si por esa vía se está atrayendo una demanda que no estaba siendo satisfecha -aumentando así el acceso a la justicia-, pero ello no es necesariamente así pues bien se puede estar reencauzando hacia los tribunales asuntos que estaban siendo resueltos por otras vías socialmente más rentables.

El problema se produce desde el momento en que las partes no internalizan todos los costos de litigar. Así, para ellas, puede resultar más rentable (barato) llevar un conflicto a los tribunales que resolverlo directamente, pero para la sociedad, considerando la totalidad

---

<sup>5</sup> En Chile, por ejemplo, en el período 1982 - 1992 más que se cuadruplicaron los tribunales civiles en Santiago, lapso en que la duración de los procesos aumentó. Un juicio ordinario que en promedio tardaba 805,59 días pasó a demorarse 1.009 días (Cerdeña, 1992). Igualmente, pese al aumento en un 34% en la

de los costos involucrados, puede resultar no rentable.

## **1.2 Mejoras de gestión**

Una alternativa algo más sofisticada, que ya no significa simplemente hacer “más de lo mismo”, es tratar de maximizar la eficiencia de los recursos invertidos en el sector justicia a través de mejoras en su gestión. Ya no se trata simplemente de dar más justicia, sino de mejorar la forma como se da esa justicia. Ello en un contexto en que las mejoras de gestión han significado importantes avances en variadas áreas del quehacer estatal, donde se ha demostrado que criterios organizacionales nuevos, los más de ellos provenientes del mundo privado, no sólo tienen cabida, sino un impacto muy beneficioso en el espacio de lo público.

Y dentro de lo público el sector judicial se presenta como un destinatario especialmente atractivo por dos razones. Una, por lo muy ajeno que ha estado tradicionalmente a todos los avances en términos de gestión. En el medio judicial es común que las cosas se sigan haciendo más o menos igual que como se hacían en época de la colonia, siendo para muchos esto, paradójicamente, no un motivo de vergüenza sino de orgullo. La otra razón reside en el tipo de trabajo que se realiza en esta área, el que bien podría resumirse como el de recolectar, procesar, producir y difundir información, aspecto en el cual el cambio tecnológico de las últimas décadas ha sido especialmente importante. Si hay alguna área donde las nuevas tecnologías de la información debieran marcar alguna diferencia, es precisamente la judicial.

Introducir cambios en materia de gestión ha sido una de las estrategias preferidas en los últimos años a la hora de abordar reformas judiciales, precisamente con el fin de mejorar la productividad y eficiencia judiciales.

---

cobertura de tribunales en el período 1980-87, la carga de trabajo de cada uno prácticamente no disminuyó.

Sin embargo, los cambios en materia de gestión, si bien necesarios, no resultan suficientes. Por una parte porque son cambios muy caros. Las nuevas formas de organización y tecnologías requieren de ingentes recursos y, las más de las veces, los programas sólo alcanzan a financiar planes pilotos que nunca llegan a masificarse.

Pero, más importante aún, es entender que la gestión es una disciplina accesoria, dependiente de una definición sustantiva de funciones que le antecede. Por muy bien organizado y gestionado que se encuentre un sistema, si en éste no existe una correcta definición de sus funciones, los resultados necesariamente serán negativos. No se saca nada con darle una eficiente y moderna organización a una institución que no está dando un servicio adecuado a las necesidades de sus usuarios. La imagen que grafica esta situación es la de oficinas judiciales que realizan sus tareas exactamente igual que hace cien años, pero a las cuales se les quiere agregar un computador encima de cada escritorio. ¿Cuánto más podemos aspirar a producir fruto de ese computador? ¿Es capaz la computación, por sí sola, de introducir cambios sustantivos al trabajo judicial? La experiencia indica que no. Esos complementos tecnológicos u organizacionales, por lo demás, insistimos, caros, serán sub aprovechados y no tendrán un impacto sustantivo en largo plazo sobre la productividad judicial.

Esto no se diferencia en nada de lo que dicen los expertos en materia organizacional: antes de hacer cualquier intervención modernizadora debe partirse por precisar los objetivos de la institución, sus funciones, organización jerárquica, etc. Sólo una vez que ello haya sido satisfactoriamente aclarado, es posible introducir cambios eficientes de gestión.

### **1.3 Diversificación de la oferta de tutela jurídica**

Una alternativa de intervención que ha comenzado a masificarse en los últimos años

en la región busca acrecentar la oferta de sistemas de resolución de conflictos a través de mecanismos menos onerosos que la creación ilimitada de nuevos tribunales. Se reconoce así que los sistemas judiciales por definición son una alternativa cara, que debe ser reservada para la solución de ciertos conflictos (ya sea por su gran envergadura o por haber sido imposibles de resolver de otro modo), pero no para todos.

Dentro de estos mecanismos resaltan los centros de mediación o de conciliación y soluciones aún más sofisticadas como las “Casas de Justicia” o “Tribunales Multipuertas”. La idea común a todos ellos es ampliar la capacidad de respuesta estatal frente a los conflictos, dotando de una gama amplia de caminos de solución en donde la adjudicación judicial, la decisión de un tercero luego de un proceso judicial, pasa a ser, como decíamos, la última opción dentro de varias más rápidas y baratas.

Al incorporar estas nuevas formas de solución el Estado pretende tanto dar una solución a conflictos que en la actualidad no están entrando a los sistemas formales de resolución (ampliando el acceso a la justicia), como también sacar asuntos que hoy si llegan a los tribunales y que bien podrían resolverse por medios menos costosos (descongestionando así los tribunales y aumentando la rentabilidad de la inversión en ellos).

Sin dudas es ésta una alternativa muy atractiva de política pública en el sector que debe ser fomentada. Sin embargo, no carece de problemas. Uno, el de ser vista como una justicia de segunda clase que se otorga simplemente porque el Estado carece de recursos para brindar la de primera clase: la judicial.

El segundo problema es que no resuelve la cuestión básica de cuándo y por qué debe el Estado asumir la resolución de los conflictos que aquejan a los particulares. Si se está de acuerdo con que los conflictos civiles y comerciales son puramente privados, no se ve razón alguna para que el Estado provea de esos servicios de resolución.<sup>6</sup> Ello es

---

<sup>6</sup> Salvo, insistimos, que sea por razones distributivas, las que en este trabajo no abordamos.

particularmente claro en este caso pues el aspecto público que relevábamos de la justicia, aquellas externalidades que benefician a toda la comunidad, no se producen o sólo en un grado ínfimo cuando los conflictos son solucionados mediante, por ejemplo, una mediación. En tal caso la comunidad no se entera siquiera si el caso se resolvió y menos de qué manera, por lo que no se genera información aprovechable por todos, más allá de las partes.

## **2. Políticas destinadas a incidir en la demanda por servicios judiciales**

Pretender influir sobre una sola variable en esta ecuación: la oferta por servicios judiciales, parece ser, por todo lo dicho, una estrategia condenada al fracaso. Básicamente porque ello supone pensar que la demanda sería una variable independiente de la oferta por servicios judiciales, cuando lo que sucede –según toda la evidencia se encarga de demostrar- es que se trata de una variable absolutamente dependiente. Se piensa como si hubiese en los países una cantidad determinada de conflictos a cubrir con los servicios judiciales y que el esfuerzo nada más sería el de tratar de dar cobertura total a esa cantidad de conflictos. Lo que sucede en la realidad es algo diverso: la cantidad de conflictos es ilimitada y el que ellos lleguen o no a los sistemas formales de conflictos depende de cuán costoso sea para las partes acceder a ellos. Mientras más se aumenta la oferta de servicios judiciales, lo único que se está haciendo es bajando el umbral de conflictos para los cuales es conveniente una solución formal, en un proceso que no tiene límite. Por ello es que los sistemas judiciales, si juegan sólo con la variable oferta, invariablemente terminan colapsados, es decir, operando con factores de ajuste socialmente ineficientes (duración de los procesos, calidad de la atención, calidad de la respuesta).

Por ello es que se requieren soluciones que influyan en la demanda por servicios judiciales. Es lo que ocurre, por ejemplo, en materia penal, donde por lo pronto es el legislador quien que determina cuáles conductas son delictuales y cuáles no, e incluso no todas aquellas que lo son ingresan al sistema pues ya es común en nuestros países que se

acepte la utilización de diversos criterios de oportunidad que le permiten al sistema concentrarse en aquellos casos de mayor relevancia y con mejores posibilidades de éxito.

Otro tanto y con mayor énfasis aún debiera ocurrir en el área de lo civil y comercial, ya sea para dejar derechamente fuera asuntos del sistema judicial, como para establecer incentivos y asignaciones de costos eficientes para los que sí llegan. Ambas cosas implican replantearse el rol que debe asumir el Estado en la provisión (financiamiento) y producción (generación) del bien justicia.

## **2.1 Exclusión de asuntos de la competencia de los sistemas formales de resolución**

Una primera opción es la de definir restrictivamente el universo de asuntos civiles y comerciales que pueden ingresar a los sistemas formales de resolución de conflictos. Esta definición puede hacer ex antes, excluyendo determinada categoría de asuntos o ex post, a través de sistemas explícitos de selectividad. Veamos ambos:

### **a) Exclusiones ex antes:**

Aquí las posibilidades pasan por excluir categorías de asuntos por su naturaleza -lo que sucede en Chile, por ejemplo, con todos los conflictos entre socios de una sociedad comercial- o por su cuantía -lo que se intentó hacer en Chile hace un tiempo atrás-. El mecanismo usado para estos efectos es declarar esos tipos de asuntos como materias de arbitraje forzoso, es decir, las partes deben acudir a un árbitro para su resolución en los casos de no llegar a acuerdos directos, estándoles vedado llevar esos asuntos a los tribunales. El rol de éstos se reduce a intervenir en la designación de los árbitros (cuando no hay acuerdo entre las partes) y a controlar el ejercicio ético del rol arbitral. Esta solución hace recaer los costos de los litigios en las partes interesadas y alienta la

generación de un mercado competitivo para proveer estos servicios.<sup>7</sup> Tiene como inconvenientes renunciar a los aspectos públicos de los servicios judiciales (los sistemas arbitrales no generan jurisprudencia) y hace más difícil una intervención estatal con fines distributivos para subsidiar a quienes no pueden pagar los costos de los arbitrajes.

**b) Exclusiones ex post:**

Nos referimos a la utilización de mecanismos explícitos de selectividad que permitan a los tribunales dejar de intervenir en determinados casos por razones de relevancia. Es decir, en aquellos casos en que el componente público de la función judicial sea mínimo o inexistente, se les concede a los tribunales la facultad de apartarse de su conocimiento. Donde es más común encontrarse con este tipo de mecanismos es ante los recursos judiciales, sobretodo los intentados ante los más altos tribunales. Si dichos recursos, como el de casación, tienen un sentido preferentemente público: uniformar la jurisprudencia, lo que excede al caso donde recae y siendo además limitadas las posibilidades de los tribunales de conocer este tipo de recursos, parece lógico que ellos puedan concentrarse en aquellos temas de mayor relevancia. Es esta la lógica que está detrás del certiorari.

## **2.2 Asignación de los costos a los privados**

Una alternativa distinta (pero que también puede ser usada en forma complementaria a la anterior), es mantener la producción de los servicios judiciales como competencia estatal, pero asignando los costos de ella directamente en sus beneficiarios. Es decir, producción más no provisión estatal.

---

<sup>7</sup> Adicionalmente generan incentivos para el establecimiento de otros mecanismos que permitan resolver esos conflictos, por ejemplo a través de sistemas de seguros que pueden ser más baratos y eficientes que los judiciales.



Este es un tema que será objeto de un panel especial en el presente seminario razón por la cual no nos extenderemos en demasía en él. Sin embargo, se trata a no dudarlo de una de las estrategias más promisorias pues no choca tan radicalmente con la cultura imperante en la región (como sí lo hace la exclusión de asuntos de los mecanismos formales), permitiendo a la par, influir adecuadamente en la demanda que ingresa al sistema y focalizando los recursos públicos destinados a la justicia en las personas de menores ingresos. Por algo el tema de las tasas judiciales hoy es una realidad o está en vías de serlo en países como Argentina, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay,<sup>8</sup> algo impensado tan solo hace unos años atrás en que la gratuidad de la justicia era casi un dogma.

Sin embargo, creemos que una política de tasas por muy bien diseñada y ejecutada que sea, probablemente no será suficiente. Ella necesariamente deberá ir acompañada con otras políticas que acrecienten el aspecto público de la justicia, es decir, que permitan realmente generar aquellas externalidades que de alguna manera permiten explicar la intervención estatal en esta área. Para ello es indispensable tender hacia sistemas judiciales que otorguen crecientemente un mayor valor e importancia a la jurisprudencia (precedentes) y que hagan depender el destino de los pleitos judiciales menos del interés coyuntural de las partes que los promueven. Si ninguna de aquellas cosas se obtienen resulta muy difícil justificar el que hayan funcionarios públicos a cargo de esta función.

---

<sup>8</sup> Claro que con diversos énfasis y suerte.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CERDA, Carlos (1992) *Duración del procedimiento civil ordinario en los juzgados de Santiago*. Santiago: FONDECYT.

CORREA, Jorge (1997) “La Economía Política de la Reforma Judicial”. En *Modernización, Democratización y Sistemas Judiciales*. Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo Eds. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

EYZAGUIRRE, Hugo (1997) “Marco Institucional y Desarrollo Económico: la reforma judicial en América Latina”. En *Modernización, Democratización y Sistemas Judiciales*. Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo Eds. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

SAEZ, Felipe (1998) “La Naturaleza de la Reforma Judicial en América Latina: consideraciones estratégicas”. En *Justicia y Desarrollo*. Santa Fe de Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia

VARGAS, Juan Enrique (2.000) *Reformas Judiciales en Latinoamérica*. En prensa.

VARGAS, Juan Enrique; PEÑA, Carlos; CORREA, Jorge (2001) *El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia*. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 42. Santiago: Universidad Diego Portales.