

Una aproximación al análisis económico del proceso

*Fermín Torres Zárate**

*Uriel Piña Reyna***

Este trabajo presenta una aproximación general al análisis económico del proceso, a partir del examen y, en algunos casos, proposición de nociones y conceptos para definir y precisar dicho análisis, los sujetos y el objeto del análisis, los fines económicos del proceso, los límites a estos fines, la metodología y el sentido del análisis económico del proceso.

This task shows a full approach for the economic analysis of the process, starting from the examination, in some cases, propositions of rudiments and concepts to clarify and determine the analysis, the subjects and the analysis object, the economic aims of the process, the limits in accordance with these aims, the methodology and the direction of the economic analysis in the process.

SUMARIO: Introducción. 1. Noción de análisis económico del proceso. 2. Sujetos y objeto. 3. Los fines económicos del proceso. 4. Los límites. 5. La metodología. 6. Análisis económico del derecho positivo y normativo. 7. ¿Por qué el análisis económico del proceso? 8. ¿Para qué el análisis económico del proceso? 9. A manera de conclusión. Referencia documental

Introducción

En el ámbito de la teoría general del proceso, el estudio, implícito o explícito, de la relación entre economía y proceso, generalmente ha cursado por temas como la concentración, preclusión, eventualidad, cosa juzgada, las tasas o costas judiciales y el presupuesto judicial, entre otros.

Sin embargo, en donde se ha revelado con mayor claridad y fuerza esa vinculación es en el principio de economía rector del proceso, no siempre incorporado, pero generalmente considerado.

* Profesor de derecho en la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco.

**Profesor del posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo. Doctor en derecho y maestro en economía.

Frente a la idea del principio económico del proceso, los juristas han asumido respetables posturas que van desde aquellas en las cuales no se le considera expresamente como un principio, hasta aquellas que, incluso, lo aprecian como un principio –o concepto– que trasciende al mismo proceso.

El doctor Cipriano Gómez Lara, al abordar el estudio de los principios generales del proceso, ha escrito que la doctrina no es uniforme respecto de cuáles y cuántos son dichos principios; pero ha mencionado una lista amplia y variada de autores, algunos de los cuales incluyen al principio de economía como uno de los rectores del proceso; pero que el maestro no recoge dentro de los que estima fundamentales.¹

Por su parte, el profesor José Ovalle Favela ha incorporado el principio de economía como uno de los básicos del proceso en los términos siguientes:

...se debe tratar de lograr en el proceso los mayores resultados posibles, con el menor empleo posible de actividades, recursos y tiempos. Dicho principio exige, entre otras cosas, que se simplifiquen los procedimientos; se delimite con precisión el litigio; sólo se admitan y practiquen pruebas que sean pertinentes y relevantes para la decisión de la causa; que se desechen aquellos recursos e incidentes que sean notoriamente improcedentes...²

En términos similares, el doctor Gonzalo M. Armienta Calderón ha sostenido que el principio de economía consiste en la disminución de costos temporales, monetarios y laborales del proceso, y lo justifica por el interés social de que los procesos se resuelvan rápida y oportunamente.³

A su vez, el jurista Enrique Véscovi ha enunciado el principio de economía vinculado a los conceptos de abreviación y garantías, pues ha estimado que dicho principio tiende a evitar la pérdida de tiempo, de esfuerzos y de gastos en la obtención del pronunciamiento judicial, mediante, por ejemplo, la abreviación del proceso por audiencias, con base en la perentoriedad de los plazos, la disminución de los recursos con efecto suspensivo y la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, medidas todas ellas incardinadas en el código “Modelo”; pero que una justicia rápida no debe soslayar las garantías procesales; a lo cual agrega que el principio de economía puede entenderse relacionado con los de eventualidad, concentración y preclusión, que se fundan en razones diversas.⁴

El profesor Dante Barrios de Angelis dice que el principio de economía procesal persigue la consecución de un fin –el del proceso– con el menor costo y que su origen se encuentra aparentemente en el “‘principio de parsimonia’, o ‘principio de Occam’

¹ *Cfr. Teoría general del proceso*, 9a. ed., Oxford, México, 1996, pp. 257-261.

² *Teoría general del proceso*, 5a. ed., Oxford, México, 2001, p. 197.

³ Los principios rectores del proceso, ponencia presentada en el Tercer Curso de Derecho Procesal, organizado por el Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal, A.C., Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Universidad Nacional Autónoma de México, A.C. y el Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, A.C., s/e, México, 2001, p. 26.

⁴ *Teoría general del proceso*, tomo I, ed., TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 58.

o ‘principio de Morgan’, ya formulado por Galileo y por Kant. Significa el máximo aprovechamiento de los medios, y sus manifestaciones son ya la economía de esfuerzos, de bienes y de tiempo”.⁵

Del otro lado del Atlántico, el maestro Víctor Fairén Guillén, al hablar de los principios que rigen al proceso, soslaya expresar el principio de economía procesal; pero, en sustancia, lo comprende al explicar: “El principio de eficacia del proceso, absolutamente necesario y actualmente en plena crisis, es de absoluta necesidad. El proceso no es un ‘pasatiempo’, además, desagradable y caro (Ramos Méndez, Anzizu Forest); tal principio debe ramificarse de manera que se halle presente en todas las actuaciones que lo integran”.⁶

En una perspectiva que va más allá del proceso, pero que igualmente lo comprende, el jurista Augusto Mario Morello ha escrito que la justicia y la economía es un tema amplio que se debe afrontar de manera global con el propósito de lograr una administración de justicia racional y eficiente que redunde en un funcionamiento eficaz de los jueces y en la tutela real y efectiva de los justiciables.⁷

Más adelante llama la atención sobre ciertos contenidos de indiscutible importancia para la economía de la justicia: El proceso evolutivo del gasto de servicio judicial frente al porcentaje del producto interno bruto; la población que puede contar con servicios jurídicos preventivos —conciliación, arbitral—; el costo real de asistencia según la naturaleza del proceso —arbitral o judicial— o su objeto —mayor o menor cuantía—; el nivel del servicio judicial prestado; las técnicas de buena administración de justicia; las prestaciones ambulatorias; los procesos inútiles; los procedimientos que no son propiamente procesos; los procesos reiterativos; las liquidaciones y los ajustes patrimoniales y dinerarios que no cierran; las indemnizaciones, los honorarios y sus sucesivos ajustes; los conflictos que no deben convertirse en controversia y la recepción del arbitraje, entre otros.⁸

Por otra parte, también se ha considerado esta relación entre economía y proceso, pero desde un ángulo sociológico.⁹

De esta manera, se puede considerar que la relación entre economía y proceso se ha examinado desde ángulos jurídico-formales; económicos, pero respecto de temas sustancialmente económicos y sociológicos.

Este trabajo, con una óptica diversa de los ángulos y posturas que se han comentado, de forma general y de la manera más imparcial posible, introduce el tema de cómo el proceso se puede estudiar a partir del derecho y la economía, sobre la base de la

⁵ *Teoría del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1963, pp. 243-244.

⁶ *Teoría general del derecho procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992, p. 35.

⁷ *Estudios de derecho procesal*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 35.

⁸ *Ibidem*, pp. 612-613.

⁹ *Cfr.* Cappelletti, Mauro, *Proceso, ideologías, sociedad*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, EJE, Buenos Aires, 1974.

noción del análisis económico del proceso, los sujetos y el objeto, sus fines, límites, supuestos metodológicos, el porqué y el para qué de dicho análisis y si éste resulta de utilidad para el examen del proceso.

Mas cabe advertir que si bien la literatura sobre el análisis económico del derecho es amplia, con relación al proceso en general es exigua, lo cual impuso que en muchos casos se construyeran nociones a partir de otras jurídicas generales y que, en otros, se extrajeran de concepciones referidas a ideas jurídico-económicas especiales.

1. Noción de análisis económico del proceso

El análisis económico del proceso consiste en la aplicación de la teoría, métodos, técnicas e instrumentos de la economía para el estudio del proceso, de su creación, estructura, aplicación y efectos.

De esta manera, la nota esencial del análisis económico del proceso es el empleo de la economía para la elaboración de sus análisis, pues esos análisis son económicos por cuanto tienen su origen y se fundan en los pilares de la ciencia económica, pero esto debe matizarse en el sentido de que la microeconomía clásica es el origen y fundamento más extendido de los análisis.

Por ejemplo, el principio de la utilidad marginal decreciente,¹⁰ inserto en el campo de la microeconomía, ha servido a Posner para explicar, desde el ángulo económico, por qué y hasta qué punto una parte optimiza sus gastos en el proceso civil: “Una parte optimiza sus gastos de litigio gastando hasta el punto en que un (peso) gastado incrementa el valor esperado del litigio para él (al aumentar sus oportunidades de ganar) en exactamente un (peso)”.¹¹

Por otra parte, la idea de proceso que se emplea en la definición no se constriñe a una determinada y exclusiva, sino que es amplia y general, pues la teoría económica es viable de ser aplicada a cualquiera de las concepciones del proceso.

De esta manera, el análisis económico del proceso, por ejemplo, puede ocuparse tanto del examen de las normas jurídicas que regulan el proceso¹² como de estudiar

¹⁰ El principio consiste en que “a medida que se consume una cantidad mayor de un bien, las cantidades adicionales que se consumen generan un aumento cada vez menor de la utilidad”. Pindick Robert S. y Rubinfeld, Daniel L., *Microeconomía*, 5a. ed., traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia, Prentice Hall, Madrid, 2001, p. 92. Un ejemplo sencillo se presenta cuando una persona que ha pasado un tiempo largo bajo el sol tiene sed y cuando toma agua siente una utilidad enorme con el primer vaso, pero esta sensación de placer va disminuyendo a medida que toma más agua.

¹¹ Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, traducción por Eduardo L. Suárez de la 1a. edición del inglés, Fondo de Cultura Económica, México, p. 530.

¹² *Cfr.* Shavell, Steven, *Economic analysis of the general structure of the law* [en línea], Harvard, John M. Olin Center for Law, Economics and Business [Cambridge, USA], 02/2003 [ref. de 10 de septiembre de 2003],

los efectos de las sentencias sobre el comportamiento de las personas en el ámbito social¹³ o su influencia en la economía.¹⁴

Además, el análisis económico del proceso no debe asimilarse al análisis económico de la justicia o la economía judicial, pues esta última se ocupa del examen del “fenómeno judicial” desde una perspectiva económica y de política pública¹⁵ que naturalmente trasciende –aunque por lo mismo comprende– al proceso y sus implicancias; pero también se debe reconocer que tal distinción en los estudios realizados en el ámbito del análisis económico no es claro.

2. Sujetos y objeto

En un primer momento, el análisis económico del derecho se ocupó de estudiar a los agentes económicos respecto de conductas sustancialmente económicas que trascendían al campo jurídico. Por ejemplo, Adam Smith estudió los efectos de la normativa mercantil y hoy se estudia el comportamiento de las empresas en los mercados económicos explícitos.¹⁶

disponible en web: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/408.pdf. Aunque este trabajo se refiere a las dimensiones de la intervención legal, a la estructura óptima de la intervención y a las áreas en las cuales se da esta intervención, entre las que no se precisa expresamente a las normas que regulan este proceso, es evidente su comprensión implícita, por ejemplo, cuando hace referencia a la intervención legal antes de los actos, después de los actos o después del daño, pues es evidente que el análisis de una norma jurídica procesal puede darse tanto en un plano de prevención como de sanción de una conducta procesal dañosa.

¹³ Cfr. Pintos Ager, Jesús, *Efectos de la baremación del daño sobre la litigiosidad* [en línea], Indret [Barcelona, España], 04/2003 [ref. de 9 de septiembre de 2003], disponible en web: http://www.indret.com/res_articulos/cas/131.pdf. En este artículo Jesús Pintos Ager cuestiona la tasa legal de las indemnizaciones del daño provocado por muerte, lesión permanente, o incapacidad temporal, sus respectivos esquemas de indemnización y factores de corrección –que naturalmente los tribunales *españoles* se han visto obligados a considerar e incorporar en sus sentencias–, porque considera que no es claro que dichas tasas tengan como consecuencia la disminución de la litigiosidad, uno de los fines centrales que motivaron la introducción de los baremos.

¹⁴ Cfr. Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, *Justicia y mercado. Algunos comentarios sobre la influencia económica de las decisiones judiciales en México* [en línea], Suprema Corte de Justicia de la Nación [México], 8 de abril de 2002 [ref. de 10 de septiembre de 2003], disponible en web: <http://www.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Default.asp>.

¹⁵ Cfr. Pastor Prieto, Santos, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Civitas-Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 56-57.

¹⁶ Cfr. Van Cayseele, Patrick y Van den Bergh, Roger, *Antitrust Law*, [en línea], Encyclopedia of Law and Economics [Rotterdam, Holanda], s/f [ref. de 10 de septiembre de 2003], disponible en web: <http://encyclo.findlaw.com/5300book.pdf>.

Con el tiempo, el análisis económico del derecho amplió su estudio a sujetos no económicos —entes que no son agentes económicos propiamente dichos o que lo son, pero no interesan en cuanto tales—, respecto de conductas carentes de contenido económico explícito; traspasó sus fronteras naturales y dio lugar al nuevo análisis económico del derecho.¹⁷ En el nuevo análisis económico, lo importante es el método más que el contenido económico explícito de sus objetos-sujetos de estudio, por lo cual no sorprende que hoy en día el método económico se emplee para estudiar lo mismo a los contratos,¹⁸ que a la legislación en general¹⁹ o a los delitos.²⁰

Sin complicaciones, el nuevo análisis económico se aplica a cualquier rama del derecho sustantivo o procesal, o bien, al proceso mismo.

En el campo del proceso, el análisis económico se ha ocupado del estudio de los sujetos procesales como el juez, los tribunales, las partes y de sus otros participantes, señaladamente los abogados,²¹ bajo el supuesto de que todos son entes individuales económicamente racionales.

¹⁷ La aplicación del análisis económico fuera de las fronteras estrictamente económicas y que inciden en el derecho, tiene como antecedentes históricos reconocidos diversas obras de Beccaria y Bentham y se interrumpe; luego se retoma con Ronald H. Coase, continúa con Guido Calabresi, y asimismo, con Gary S. Becker. Cfr. Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México-Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística-Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 7-9; pero debe observarse que Roemer considera que Calabresi no debe ser incluido dentro de los precursores del AED, porque dicho autor no se ajustó a *laissez-faire* de la Escuela de Chicago. Como sea, es a partir de estos autores que el análisis económico ha producido una cantidad de literatura extraordinaria.

¹⁸ Coloma, Germán, *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.

¹⁹ Bentham finca esta postura, al considerar que toda medida legislativa, sustantiva o procesal, debía tener como base un análisis de dolor-placer a partir de la experiencia, lo cual era congruente con su postura filosófica utilitarista y su visión positiva en la cual la ley era un instrumento racional que podía ordenar mecánicamente los fines de las personas para el mantenimiento de la sociedad y el logro de la felicidad de los hombres; Betham, Jeremy, *Escritos económicos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965, p. 180. Un estudio reciente es el de Voigt, Stefan, *Constitutional law* [en línea], Enciclopedia of Law and Economics [Alemania], 1999 [ref. de 10 de septiembre de 2003], disponible en web: <http://encyclo.findlaw.com/9100book.pdf>, en el cual, desde el ángulo del análisis económico, explica, por ejemplo, cómo el proceso reglado influye en la elección de las normas constitucionales.

²⁰ Cfr. Becker, Gary, *Crime and punishment: An economic approach*, *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, obra que sirve de punto de arranque a los estudios del análisis económico del delito; Garoupa, Nuno, *Crime and punishment: Further results* [en línea], Social Science Research Network Electronic Library [Barcelona, España], noviembre de 1998 [ref. 10 de septiembre de 2003], disponible en web: <http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/99011203.pdf?abstractid=145756>; Roemer, Andrés, *Economía del crimen*, LIMUSA, México, 2001. En este trabajo, el autor, máximo exponente del AED en México, emprende con singular claridad y maestría el análisis económico del delito, también con un enfoque de políticas públicas altamente provechoso si, además, se considera que se refiere a fenómenos socio-jurídicos y figuras delictivas vigentes en nuestra realidad y en nuestro ordenamiento jurídico, aunque también debe reconocerse que en muchos casos el apoyo empírico es ajeno a la realidad mexicana.

²¹ Cfr. Posner, Richard, *op. cit.*, pp. 489-573; Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, traducción por Eduardo L. Suárez de la segunda edición del inglés, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pp. 473-541; Pastor, Santos, *op. cit.*; Cabrillo Rodríguez, Francisco y Pastor, Santos, *Reforma judicial y economía*

Los sujetos de los procesos civil y penal son los que han acaparado la atención de los analistas económicos del proceso, aunque eventualmente se han abierto al proceso administrativo.²²

El objeto del análisis económico del proceso lo constituye el mismo proceso que naturalmente ubica, y puede decirse implica al derecho procesal entendido en un sentido objetivo y a la ciencia del derecho procesal, según lo ha expuesto el profesor Gómez Lara.²³

3. Los fines económicos del proceso

Tanto Richard Posner²⁴ como Robert Cooter-Thomas Ulen²⁵ y Santos Pastor²⁶ son coincidentes en que las metas económicas del proceso legal consisten en disminuir los costos sociales:

- a) Derivados de errores judiciales; y,
- b) Administrativos o del sistema procesal.

a) Los costos derivados de los errores judiciales

Los errores judiciales son aquellos en los que incurre el tribunal al resolver un proceso y pueden ser de dos tipos: el tipo 1, en el cual se condena a una persona sin que proceda tal condena; y el error de tipo 2, cuando se absuelve a una persona y es procedente su condena.²⁷

de mercado, Círculo de Empresarios, Madrid, 2001; Shavell, Steven, *Economic analysis of litigation and the legal process* [en línea], Harvard, John M. Olin Center for Law, Economics and Business [Cambridge, USA], 02/2003 [ref. de 10 de septiembre de 2003], disponible en web: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/404.pdf.

²² Cfr. Posner, Richard, *op. cit.*, pp. 558-573.

²³ Gómez Lara, Cipriano, *op. cit.*, p. 97.

²⁴ Posner, Richard, *op. cit.*, p. 516.

²⁵ Cfr. Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *op. cit.*, pp. 476-478.

²⁶ Cfr. *¡Ah de la justicia!...*, pp. 46-52.

²⁷ Esta clasificación del error judicial en la sentencia parte de la estadística, pues en esta materia se establecen dos hipótesis de investigación a probar respecto de una población o información: una hipótesis nula *H₀* y una segunda hipótesis llamada alternativa, que es contraria a la hipótesis *H₀* y se expresa como *H_a*. El descubrimiento de la hipótesis verdadera se realiza, generalmente, con base en los datos obtenidos de una muestra. Por esta razón, convencionalmente cuando *H₀* es verdadera y se rechaza como tal, para en su lugar aceptar la hipótesis *H_a*, sobreviene el error tipo I; y cuando *H_a* es verdadera y se rechaza como cierta, para en su lugar aceptar la *H₀*, tiene lugar el error tipo II.

Esos tipos básicos de error,²⁸ a su vez, tienen posiciones intermedias, pues bien puede ser que improcedentemente se condene a una persona en un tema y se le absuelva respecto de otro en un mismo proceso; o bien, que en este supuesto de condena-absolución, una de ambas decisiones sea errónea.

Pero, además, puede acontecer que una persona sea condenada en un grado mayor o menor al que le correspondería. Por ejemplo, al imponer al sentenciado una pena de prisión más elevada de la que le debería ser impuesta conforme a todas las circunstancias y criterios aplicables al caso; o bien, cuando en un proceso civil se absuelve del pago pretendido y sólo se condena al demandado al pago de un mínimo porcentaje de él, cuando lo correspondiente era la condena de todo lo pedido.

Los errores judiciales, desde el ángulo del análisis económico del proceso, presentan diversos efectos, pero quizá el más ejemplar sea el de que crean incentivos para adoptar conductas que se apartan de la eficiencia o se encuentran por encima o por debajo del nivel deseable o eficiente, lo cual produce en ambos casos una pérdida neta para la sociedad.²⁹

Un ejemplo puede ilustrar mejor esta cuestión: si suponemos que los tribunales favorecen en la sentencia a los arrendatarios en los juicios seguidos frente a ellos por sus arrendadores, al considerar a los primeros la parte “débil” del proceso, ello otorgaría incentivos a los arrendadores para sustraer de la oferta de arrendamiento sus bienes inmuebles, puesto que sus derechos no estarían debidamente garantizados, lo cual, a su vez, y paradójicamente, también afectaría a los posibles arrendatarios, ya que al disminuir los bienes inmuebles en renta, es presumible que una porción de la demanda de renta quedaría insatisfecha y, por otra parte, al ser mayor la demanda de arrendamiento que su oferta, ello incrementaría los precios del alquiler. De este modo, para el AED es diáfano cómo los errores judiciales presentan una pérdida neta del bienestar social: todos pierden.

En el mismo tema de los errores judiciales, con razón se puede observar que pueden tener lugar en cualquiera de las otras etapas del proceso distintas a la conclusiva o de juicio, aunque la atención de los analistas se ha centrado preferentemente en los errores cometidos en la sentencia.³⁰

Finalmente, cabe observar que el error judicial también depende de la información que tiene a disposición el tribunal, y en este caso, el supuesto básico del análisis

²⁸ Que se podrían ajustar a la extinción anticipada del proceso, desde el ángulo de que fuera o no un error la resolución de su terminación.

²⁹ Cfr. Gómez Pomar, Fernando, *Coches y accidentes I* [en línea], Indret [Barcelona, España], mayo de 2000 [ref. 10 de septiembre de 2003], disponible en web: http://www.indret.com/rcs_articulos/cas/cochesI.pdf, quien expone que el error judicial, en materia de daños, tiene efectos sobre los niveles de prevención adoptados por el causante del daño.

³⁰ Los errores en la sentencia pueden tener su origen en el derecho sustantivo; pero en este momento se usa la expresión sentencia en su sentido de acto procesal.

económico es que si el tribunal posee información completa, el error no sobreviene, pero esto habría que condicionarlo a que, cuando menos, el juez posea la cualificación necesaria para poder apreciar de manera correcta la información, su marco jurídico y que tenga incentivos para no apartarse de los lineamientos jurídicos aplicables, lo cual implicaría, por ejemplo, tanto un salario digno como un régimen legal de responsabilidad eficiente.

b) Los costos administrativos

Por otra parte, los costos administrativos del sistema procesal o directos del proceso, no sólo deben entenderse como los recursos humanos, pecuniarios, financieros, materiales y de servicios invertidos en él, sino también el tiempo, que quizá sea el recurso más escaso y caro, y los costos que se podrían llamar morales: las molestias ocasionadas a las partes por el proceso.

De esta manera se pueden tener costos económicos valorables directamente en dinero, como los honorarios del abogado,³¹ por ejemplo, y costos económicos no valorables directamente en dinero, como las molestias personales ocasionadas a las partes por el proceso o la dilación judicial.³²

Otro modo de ver los costos es en públicos, que son aquellos asumidos por el Estado respecto del proceso y cuya muestra más palpable es el presupuesto público relativo; y los costos privados, constituidos básicamente por los gastos realizados por las partes en el proceso o con motivo de él, por ejemplo, al rendir una prueba.

Asimismo, es lógico suponer que el proceso también puede producir efectos de costo en ámbitos ajenos a él y que no se toman en cuenta en la determinación de los suyos; a este tipo de costos-efectos puede llamárseles costos externos del proceso, y pueden ser de dos tipos: negativos, cuando se imponen costos a sujetos ajenos al proceso, y positivos cuando las consecuencias son benéficas, también para sujetos que no forman parte del proceso; por ejemplo, al reforzar la seguridad jurídica de bienes y personas.

El tema de los costos es altamente complejo, pues en algunos casos son difícilmente determinables³³ y en otros son embarazosamente cuantificables,³⁴ o ambas cosas.³⁵

³¹ Luis Rubio, Beatriz Magaloni y Edna Jaime dicen que en México una hora de trabajo de un buen abogado se cotizaba, más o menos en 1990, entre 300 y 600 entonces nuevos pesos, lo cual representaba entre 21 y 42 salarios de aquel entonces. *A la puerta de la ley*, CIDAC-Cal y Arena, México, 1994, p. 120.

³² Luis Rubio, Beatriz Magaloni y Edna Jaime proporcionan una tabla comparativa de la duración legal de un proceso mercantil y la duración real del mismo, con el resultado de que la duración real del proceso comercial es muy superior a la legal. *Ibidem*, pp. 45-47.

³³ ¿Hasta dónde y hasta cuándo se pueden reputar costos económicos asociados al proceso?

³⁴ ¿Cómo cuantificar económicamente el daño moral sufrido por las partes con motivo del proceso?

³⁵ Incluso, en los errores judiciales con resultados de costos, habría que repensar la influencia del derecho sustantivo que pueden propiciar aquéllos.

Los analistas económicos, conscientes de este problema, han dirigido su atención a los costos valorables económicamente y, al mismo tiempo, han creado indicadores para los costos en general.

Así, por ejemplo, se puede analizar el costo de los honorarios de los abogados, el de los defensores, la tasa media de duración de un proceso, la tasa de dilación judicial del proceso o de cada una de las etapas del mismo, el presupuesto público anual, la dotación de equipo, la tasa media de promoción de procesos, y otros más.³⁶

Ahora bien, tanto los costos de error judicial como los administrativos deben relacionarse, pues es claro que una disminución de los costos directos puede incidir en los errores judiciales³⁷ y viceversa,³⁸ y ello, a su vez, vincularse con los beneficios sociales que se pudieran seguir de la reducción de los costos en cuestión.³⁹

Naturalmente, todo ello lleva a pensar en la idea de la eficiencia del proceso, que tanto juristas como economistas han estudiado y que es lo que realmente constituye el fin económico del proceso.

Entre los juristas, por ejemplo, y sin que ello quiera suponer la identificación del autor con el AED y con la idea económica de la eficiencia que se maneja en su argumentación, Morello ha dicho con relación a la economía y la justicia:

El tema, de tamaño nada reducido, debe ser encarado con visión global y sopesando, cuidadosamente, el conjunto de sus parcelas en dirección a la racionalización adecuada de la administración de justicia y al logro de la imprescindible eficiencia de la misma. Al

³⁶ Con independencia de que existen diversas obras de análisis económico que tratan el tema o aplican los conceptos económicos en el área, un esfuerzo actual que ha llamado la atención es el *Programa Integral de Reforma Judicial*, creado por acuerdo 177/00, de la Secretaría de Justicia y Asuntos Legislativos, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de Argentina, pero cuyos esfuerzos se remontan a treinta años atrás, y que gira sobre siete temas básicos: el acceso a la justicia, la gestión, la capacitación, la reforma administrativa, la reforma del sistema jurídico, la infraestructura y los materiales y construcción de consenso para la reforma. En esta reforma, el enfoque interdisciplinario ha dominado y es sobresaliente el enfoque económico que la informa, aunque no de manera exclusiva, y su aproximación a la estadística en la que se hace uso de diversos indicadores. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, <http://www.reformajudicial.jus.gov.ar/> [en línea] [ref. 09 de septiembre de 2003].

³⁷ Por ejemplo, en un juicio civil, la disminución de costos privados por una de las partes, al contratar, por ejemplo, a un abogado de honorarios bajos, puede reducir las probabilidades de éxito.

³⁸ En esta hipótesis, si el tribunal opta por allegarse de la mayor información posible para la solución del asunto, esto puede tener como consecuencia el incremento de los costos públicos del proceso e, incluso, una mayor dilación del juicio.

³⁹ En términos económicos, un beneficio es la diferencia entre los costos totales de la producción de un bien o servicio y los ingresos totales generados por los bienes producidos o los servicios prestados; mientras que el beneficio social es la suma de los beneficios obtenidos por el agente económico productor del bien o prestador del servicio y los beneficios originados externamente; de este modo, el beneficio de un proceso es la resultante entre los costos de él y los bienes, en sentido lato, obtenidos con la solución del litigio; pero visto en una perspectiva social, tales beneficios deben valorarse no sólo en términos de los beneficios de las partes del proceso, sino también de los beneficios que se sigan para el conjunto social, pero a partir de los costos y beneficios de las partes.

modo de operar, en la dinámica y efectividad concreta del accionar de los jueces, y en la conveniente satisfacción real (no sólo formal) de la tutela jurisdiccional.⁴⁰

Más adelante, el mismo autor señala con mayor contundencia sobre el tema, pero ya en un segmento esencialmente económico: “En estas horas habrá que adicionar la ríspida coordenada de un presupuesto racional, factible, sin ‘agujeros negros’, que es por donde se cuelan –sin remedio– partidas y fondos mal concebidos y peor aplicados, opuestos a la ecuación costo-beneficio-eficiencia”.⁴¹

Así, es claro que dicho autor sostiene como un objetivo el logro de la eficiencia de la justicia y, por consecuencia, del proceso; pero con la salvedad de que su tratamiento de la eficiencia no necesariamente coincide con alguna de las sostenidas en el análisis económico.⁴²

Además, debe decirse que en el campo económico la eficiencia puede entenderse cuando menos de tres formas diversas que implican, de la misma manera, variantes en el análisis económico, pero sin perder su naturaleza:⁴³

- a) Eficiencia productiva;
- b) Eficiencia en sentido de Pareto; y,
- c) Eficiencia de Kaldor-Hicks.

a) La eficiencia productiva

Este concepto hace referencia a la eficiencia técnica de la producción, la cual se presenta “cuando las empresas combinan sus factores para obtener un determinado nivel de producción de la forma más barata posible”.⁴⁴

Por tanto, desde el ángulo del análisis económico del proceso, la eficiencia consistiría en combinar los recursos públicos y privados, valorables y no en términos económicos, para obtener un determinado nivel de solución de los litigios con el menor costo posible; lo cual, por otra parte, permite que los recursos innecesarios en el ámbito procesal se destinen a un mejor uso alternativo que incremente el bienestar social.

⁴⁰ Morello, Augusto M., *op. cit.*, p. 605.

⁴¹ *Ibidem*, p. 606.

⁴² Este punto se puede explicar sobre la base de que Morello, y la gran mayoría de los juristas, se decantan indudablemente por la justicia; mientras que desde el ángulo del análisis económico, se buscaría privilegiadamente la eficiencia del proceso que, eventualmente, puede llegar a coincidir, pero no necesariamente, con la justicia. En el derecho, la eficiencia es secundaria y en el AED, primaria.

⁴³ Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho...*, pp. 26-27.

⁴⁴ Pindick, Robert S. y Rubinfeld, Daniel L., *op. cit.*, p. 600.

b) *Eficiencia en sentido de Pareto*

Robert Cooter y Thomas Ulen definen y explican la eficiencia de Vilfredo Pareto en los términos siguientes:

Decimos que una situación particular es eficiente en el sentido de Pareto si es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona (según su propia estimación). Para ejemplificar, supongamos que sólo hay dos consumidores Pérez y Garza, y dos bienes, sombrillas y pan. Inicialmente los bienes se distribuyen entre ellos. ¿Es eficiente la asignación en sentido de Pareto? Sí lo es, si resulta imposible reasignar el pan y las sombrillas de tal modo que mejore la situación de alguno de ellos sin que empeore la situación del otro.⁴⁵

Traducido al campo jurídico procesal, quiere decir que el proceso es eficiente en el sentido de Pareto, si el litigio se resuelve de manera que los derechos asignados o reconocidos, o las sanciones impuestas en la resolución que le pone fin, no pueden ser nuevamente asignados o reconocidos, o impuestas las sanciones de manera que cuando menos se mejore la situación de una de las partes sin empeorar la situación de la otra, desde sus particulares puntos de vista.⁴⁶

c) *Eficiencia de Kaldor-Hicks*

Posner estima que el concepto de eficiencia de superioridad de óptimo de Pareto⁴⁷ es irreal, pues requiere de la unanimidad de todas las personas afectadas y, en la vida diaria, las transacciones tienen efectos frente a terceros que no son uniformes.

Por ello Posner señala que el concepto de eficiencia de mayor valor es el de Kaldor-Hicks, que él expresa como de maximización de la riqueza y explica con un ejemplo en el cual A –vendedor– valúa un adorno de madera en \$5, mientras que B lo valora en \$12 y lo compra en \$10. Posner dice que A obtiene un beneficio de \$5, puesto que valoraba el bien en \$5 y lo vende en \$10; en tanto que B recibe un beneficio de \$2, porque otorgaba al objeto de madera un valor de \$12 y lo compra en \$10; esto es, \$2 menos que representan su beneficio. Por tanto, dice dicho autor, “...habría una transacción eficiente siempre que el daño causado (si hay alguno) a terceros (menos los beneficios que se les confieran) no exceda de \$7”.⁴⁸ Lo que, por otra parte, no quiere decir que el daño causado, si hay alguno, sea efectivo y realmente compensado.

⁴⁵ Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁶ En materia penal, la eficiencia se visualizaría desde el ángulo básico del responsable y la víctima, salvo en los casos de la reparación del daño que se tendría que valorar frente a la parte civil.

⁴⁷ Éste supone que cuando menos una de las partes mejora, pero que no se afecta a nadie.

⁴⁸ Posner, Richard, *op. cit.*, p. 21.

El proceso será eficiente, por tanto, si el litigio se resuelve de manera que los derechos asignados o reconocidos o las sanciones impuestas en la resolución que le pone fin, no pueden ser nuevamente asignados o reconocidos o impuestas las sanciones de manera que cuando menos se mejore la situación de una de las partes aun empeorando la situación de la otra o de terceros ajenos a la relación procesal, pero siempre y cuando se esté en posibilidad de que la parte beneficiada compense los daños ocasionados a su contraparte o a los terceros mencionados, sin que ello signifique que sean efectivamente compensados, pues la compensación no sería obligatoria; lo único que se exige es que sea teóricamente posible.

4. Los límites

Ciertamente el análisis económico del derecho, en el cual se inserta el análisis económico del proceso, ha tenido a lo largo de su existencia exponentes notables –muchos de los cuales se encuentran citados en este trabajo– que le han dado prestigio y lo han posicionado como una vertiente nueva y potente en la explicación y evaluación del derecho.

Sin embargo, el análisis económico enfocado al derecho ha recibido acres críticas, que igualmente son válidas para el análisis económico del proceso.

Estas críticas son diversas, pero las más recurrentes son aquellas que atacan sus fundamentos filosóficos en el sentido de que, por ejemplo, en contrapartida a lo que sostienen sus partidarios en torno a la pureza del método y los resultados de su aplicación, el análisis económico tiene fuertes cargas ideológicas que minan el principio de libertad positivo, además de que no ofrece alternativas para la solución de los problemas trágicos del derecho.⁴⁹

Incluso se ha cuestionado severamente al análisis económico como una expresión refinada del capitalismo que, naturalmente, tiene como objetivo la reproducción del sistema, y que no es compatible con la libertad, la igualdad, la equidad, la solidaridad y la justicia.⁵⁰

También se ha dicho que el análisis económico del derecho se ha mostrado como un enfoque extraño al mismo derecho, con tintes específicamente imperialistas por cuanto supone la sumisión del derecho a la ciencia económica y que es una visión tecnocrática y reduccionista del derecho.⁵¹

⁴⁹ Cfr. Vázquez, Rodolfo, “Comentarios a los fundamentos filosóficos del análisis económico del derecho”, en *Gaceta de Economía*, núm. 9, año 5, pp. 159-174.

⁵⁰ Cfr. Durán y Lalaguna, Paloma, *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Comares, Granada, 1992.

⁵¹ Cfr. Mercado Pacheco, Pedro, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Ahora bien, aunque el análisis económico no puede verse como un monolito, sin fracturas, ni divisiones,⁵² puede tomarse como ejemplo de la línea argumentativa de respuesta que han seguido los analistas, la proporcionada de manera resumida por Posner en el sentido de que gran parte de las oposiciones tienen su base en el disgusto de los operadores jurídicos porque el derecho sea visto bajo una lógica económica; que el reduccionismo no es algo exclusivo del análisis económico; que el AED también puede incorporar y es coincidente con criterios ético-sociales; que si no ha logrado explicar todas las reglas, doctrinas, instituciones y resultados jurídicos importantes, debe recordarse que es un campo de investigación reciente, pero fructífero, y que una teoría no puede destruirse señalando sus “defectos o limitaciones”, sino proponiendo otra teoría más completa y sobre todo útil, pero que la teoría económica del derecho es la teoría más prometedora que existe; que frente a la crítica de su posición ideológica y conservadora, se desconocen los avances del AED para explicar diversos fenómenos jurídicos y que ha adoptado posiciones liberales; que, por otra parte, debe definirse adecuadamente la igualdad y la justicia, que en gran medida coinciden con los criterios de eficiencia económica que él propone, aunque finalmente reconoce que la justicia es algo más que la economía.⁵³

El debate conceptual en este sentido no ha concluido, de modo que es una puerta abierta a nuevos argumentos; sin embargo, lo que es innegable y aceptado, incluso por los mismos críticos del AED, es la “gran versatilidad y éxito en los resultados, que merece ser reconocido y enfatizado”;⁵⁴ “...la legitimidad ‘académica’ de este tipo de análisis, (y) su utilidad político jurídica”;⁵⁵ así como la creciente importancia de esta disciplina, que “...está adquiriendo entre nuestros juristas”.⁵⁶

5. La metodología⁵⁷

Tanto desde el enfoque del derecho como desde el punto de vista del análisis económico, se considera al derecho y al proceso como un producto humano y una herramienta o instrumento que actúa sobre la conducta de las personas con el fin de lograr

⁵² Debe tenerse presente que existen diferencias sustantivas, por ejemplo, entre Posner y Calabresi, en torno a los fines y fundamentos del análisis económico, pues, por ejemplo, el primero se orienta sólo por la maximización de la riqueza, mientras que el segundo toma en cuenta elementos de orden axiológico.

⁵³ *Cfr.* Posner, Richard, *op. cit.*, pp. 30-33.

⁵⁴ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 159.

⁵⁵ Hierro, Liborio L., “La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 15-16 (1994), p. 946.

⁵⁶ González Amuchástegui, Jesús, “El análisis económico del derecho: Algunas cuestiones sobre su justificación”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 15-16 (1994), p. 929.

⁵⁷ Este apartado se fundamenta en gran parte en Heico, Kerkmeester, *Methodology: General* [en línea], Enciclopedia of Law and Economics [Rotterdam, Holanda], 1999 [ref. de 10 de septiembre de 2003], disponible en web: <http://encyclo.findlaw.com/0400book.pdf>.

ciertos y determinados objetivos;⁵⁸ lo cual muestra, también, una cercanía entre el sujeto jurídico y el sujeto del análisis económico del derecho y los sujetos del proceso, pues se supone que ambos responden a los estímulos dados por una norma jurídica.

Por ejemplo, es general que los juristas y los analistas económicos crean en las sanciones procesales como instrumentos-incentivos a fin de que los sujetos que participan en el proceso adopten conductas determinadas.

Como ya se ha escrito, es la metodología la que distingue a los enfoques del análisis económico del derecho de las formas ordinarias de ver lo jurídico.

La metodología del análisis económico del derecho y del proceso, en particular, además de los fines preestablecidos, tiene como supuestos básicos:

a) Que las personas maximizan sus intereses o preferencias

Lo cual implica que las personas son egoístas y buscan sus intereses antes que los de cualesquiera otros; pero que son precisamente esos intereses, como una mano invisible,⁵⁹ los que llevan a las personas a ciertos lugares comunes, a cristalizar el interés social en beneficio propio.

De este modo, la utilidad o la preferencia personal de los sujetos procesales los lleva a la promoción del proceso y a la construcción y realización de su fin y valores.

Por ejemplo, en una sociedad democrática, en un estado de derecho en el cual existe un Poder Judicial independiente, los tribunales tienen incentivos para observar un comportamiento imparcial en el proceso, con el fin de capturar y mantener su propia utilidad, la cual se cifra en el conjunto de beneficios lícitos, descontados los costos, que obtienen de la posición.

A ese respecto, cabe considerar que la idea de maximización debe ligarse a la de marginalidad.⁶⁰

⁵⁸ Lo que no quiere decir, por otra parte, una identidad de objetivos, pues mientras el AED persigue la eficiencia, en sus diversas variantes, el derecho y el proceso persiguen, más bien, la realización de valores como la justicia, que puede o no coincidir, en estricto, con el sentido de eficiencia económica.

⁵⁹ La expresión se debe a Smith, quien consideraba que las personas obran de manera egoísta y avara en aras de su propia conveniencia; pero que precisamente ese sentimiento egoísta es el que las lleva, como una mano invisible, a promover y contribuir al interés social y la multiplicación de la especie; Smith, Adam, *Teoría de los sentimientos morales*, Alianza, Madrid, 1997, p. 333.

⁶⁰ El coste marginal es el coste de una unidad adicional de un bien, mientras que el beneficio marginal es el beneficio generado por el consumo de una unidad adicional del bien, de manera que los costos y beneficios deben apreciarse en términos marginales.

b) *El mercado de equilibrio*

“Un mercado es un conjunto de compradores y vendedores que, por medio de sus interacciones reales o potenciales, determinan el precio de un producto o de un conjunto de productos”.⁶¹ En un mercado, por tanto, existe oferta y demanda, de modo que cuando la demanda es mayor que la oferta, los precios se incrementan, y cuando la oferta es mayor que la demanda, los precios disminuyen; de modo que, a mayor precio, hay menor demanda y a menor precio hay mayor demanda.

Cuando la demanda y la oferta se igualan en un mercado competitivo, se encuentra el precio de equilibrio.

Esos conceptos se aplican tanto a los mercados explícitos como a los mercados implícitos, esto es, que la ley de la oferta y la demanda se aplica a los mercados de bienes y servicios como el oro o el transporte, igual que al proceso, pues si los costos de un proceso disminuyen, habrá más demanda de proceso, y si los costos de un proceso suben, habrá menos demanda; de modo que desde el punto de vista del análisis económico del proceso no es claro que la reducción de sus costos sea una solución siempre deseable, pues puede ocurrir que esa disminución de costos redunde en un incremento de procesos, que ello a su vez tenga como consecuencia una mayor dilación judicial y, por tanto, que finalmente la administración de la justicia llegue tarde, lo que en sí implicaría una denegación de justicia. Es por eso que, desde el ángulo del análisis económico, la dilación del proceso no en todo caso es reprochable o, por decirlo en los propios términos del análisis económico, ineficiente; habría así una dilación judicial o procesal eficiente.

c) *Las preferencias estables*

La estabilidad de las preferencias se puede explicar con la idea de que el hombre es un ente racional, que puede distinguir entre un conjunto de bienes, que prefiere a unos sobre otros y que esa preferencia es regular, sostenida *ceteris paribus*.

Para explicar este concepto en el ámbito procesal, se puede recurrir a las partes de un proceso civil, quienes deberán tomar diversas decisiones respecto del proceso, entre las cuales destacan dos importantes: una relativa a si optarán por el uso de algún medio alternativo de solución u ocurrirán al proceso para la solución del conflicto; y dos, en caso de que ocurran al proceso, tendrán que decidir la suma de gastos que han de realizar en o con motivo del proceso.

Sobre estos aspectos, el análisis económico ha avanzado ampliamente y son diversos los estudios que existen, pero que, en este momento, no corresponde analizar.⁶²

⁶¹ Pindick, Robert S. y Rubinfeld, Daniel L., *op. cit.*, p. 8.

⁶² Uno de los más representativos e influyentes autores de la actualidad es Shavell, Steven, *Economic Analysis of litigation...*, *cit.*; y en el derecho estatutario, Pastor, Santos, *¡Ah de la justicia...*, *cit.*

Baste decir que en la respuesta a esos cuestionamientos influye de manera básica la idea que tiene la parte del valor que espera obtener del proceso, su optimismo frente a ello y los otros mecanismos alternativos de solución, y si es una persona contraria, indiferente o amante del riesgo.

De este modo, si una persona espera obtener un valor elevado del proceso, si es optimista frente al proceso y pesimista respecto de los otros métodos de solución de conflictos, así como indiferente al riesgo, es altamente probable que promueva el proceso.

Por tanto, de acuerdo a la estabilidad de las preferencias, esa misma parte, en igualdad de circunstancias, es altamente probable que también elija promover el proceso.

d) Costos de transacción

Los costos de transacción son: "...los costos de intercambio...(esto es) 1) costos de búsqueda; 2) costos de arreglo; y 3) costos de ejecución".⁶³

Estos costos implican que los sujetos deben realizar gastos para identificarse, para negociar un acuerdo y, en su caso, la adopción de un acuerdo formalizado y la ejecución de ese acuerdo que evite el proceso; de modo que si no se evita el proceso, los costos de transacción se traducirían en los gastos que deben realizar las partes para identificar y localizar a los sujetos del proceso; los costos generados por el desarrollo y solución del proceso; y los costos de ejecución de la resolución que pone fin al proceso.

e) El individualismo metodológico

Consiste en que el objeto de estudio se reduce a la conducta individual, lo cual supone que las entidades colectivas, públicas, privadas o sociales, como un sindicato, pueden ser analizadas con base en las conductas individuales de sus integrantes. Un ente colectivo, de este modo, no es algo que tenga en sí mismo una voluntad o una conducta propia como tal; un cuerpo colectivo es una comunidad de voluntades individuales que eventualmente pueden coincidir, pero no siempre ni en todo.

En el proceso, el individualismo llevaría a estudiar las conductas de los sujetos (juez, partes, terceros) en torno a cada uno de los temas procesales, para determinar el grado de eficiencia.

De ese modo se buscaría responder, por ejemplo, a las preguntas: ¿Cuál es el comportamiento del juez? ¿Cuál es la función de utilidad del juez? ¿Es eficiente el comportamiento del juez?

⁶³ Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *op. cit.*, pp. 120-121.

f) Empleo de modelos

Los modelos son representaciones simplificadas y estilizadas de la realidad, que permiten al sujeto conocer, describir y actuar sobre dicha realidad.

Así, el proceso sería visto como un mercado, en el cual los sujetos procesales serían vistos como oferentes de proceso o demandantes de proceso; los bienes serían las soluciones de los conflictos o litigios y los precios serían los costos del proceso.

En esta medida, el nacimiento del proceso, su desarrollo, su fin y su cantidad, por ejemplo, dependerían del conjunto de supuestos de los cuales se partiera pues, como se veía anteriormente, los sujetos pueden decidir ir o no al proceso dependiendo de los valores esperados, de los costos que implica, de su optimismo y de su forma de ser contraria, indiferente o amante del riesgo.

En este modelo, como se decía anteriormente, si el valor esperado es alto y superior a los costos, y la persona es optimista frente al proceso pero no frente a los métodos alternativos de solución e indiferente al riesgo, es altamente probable que se decante por el proceso; pero en este mismo modelo, si se cambian las circunstancias, por ejemplo, si la persona es pesimista y contraria al riesgo, manteniéndose el resto de condiciones igual, es poco probable que promueva el proceso.

g) Empleo de técnicas y herramientas matemáticas, estadísticas y econométricas

En el análisis económico del proceso, es frecuente que se empleen los métodos deductivo e inductivo como ocurre regularmente en cualquier ciencia social; pero el empleo de dichos métodos se hace en un piso en el cual se incardinan los conceptos reseñados en los incisos precedentes y con el empleo de la matemática, la estadística y la econometría con el objetivo de seleccionar, recabar, registrar, analizar e interpretar datos pertinentes para conocer si las variables en las cuales descansa la hipótesis se prueban.

Este aspecto es importante, por dos razones básicas: una, porque la gran mayoría de los juristas realizan investigaciones jurídicas documentales, formales y lógicas en las que se tejen ideas y conceptos que no se contrastan con los datos de la realidad, o cuando menos no lo hacen de manera empírica formal; lo cual es contrario a la economía, que constantemente acude a los datos formalizados para fundar sus conclusiones. Otra razón es que mientras en el derecho se construyen conceptos y nociones de sujetos que trascienden o soslayan al individuo racional concreto, en la economía esto constituye un eje elemental de su metodología.

6. Análisis económico del derecho positivo y normativo

El análisis económico del proceso se puede realizar con dos orientaciones básicas: una primera, positiva, que tiene por objetivo general explicar el proceso y predecir sus efectos; y otra, que es la orientación normativa, la cual tiene por objetivo evaluar dichas consecuencias en términos de su deseabilidad y sacar conclusiones sobre determinadas normas jurídicas o conductas basadas en un conjunto predeterminado de valores.

De este modo, en el campo del análisis económico del proceso positivo, se podría conocer si el proceso por audiencias es un mecanismo adecuado para lograr la rapidez del propio proceso, y desde el ángulo normativo se evaluaría si el proceso por audiencias es deseable o no, por ejemplo, a la vista del respeto a la garantía del debido proceso legal.

Podría considerarse que los análisis positivo y normativo del proceso corren o deben correr por cursos separados; sin embargo, es perfectamente factible que un análisis positivo sea el antecedente de un análisis normativo y, parecería, incluso, que así debe ser.

7. ¿Por qué el análisis económico del proceso?

En palabras de Mercado Pacheco,⁶⁴ el análisis económico, en el cual se incluye el análisis económico del proceso, y los *critical legal studies* surgen en los Estados Unidos de América como una reacción frente al convencionalismo o tradicionalismo encabezado por Owen Fiss, Charles Freid, Anthony Kronman, Ernest Weinrib y Harry Wellington, los cuales postulaban que el derecho es una disciplina autónoma frente a la filosofía, la política y la economía, altamente ideologizadas; rechazaban los razonamientos especulativos y el conocimiento abstracto, y se orientaban más bien a considerar al derecho como un conjunto de principios, procedimientos y métodos durables, antiguos y orientados al gobierno mediante las reglas y a la aplicación del derecho mediante la interpretación, los precedentes y los derechos existentes.

El mismo autor estima que, aunque los *critical legal studies* y el análisis económico del derecho pueden clasificarse como movimientos realistas, puesto que conciben al fenómeno jurídico de manera dinámica, cambiante, con diferentes expresiones, como igual sucede con la realidad, y que no se puede reducir al derecho a expresiones formales que distan mucho de ser ciertas y objetivas, ambos movimientos son distin-

⁶⁴ Cfr. Mercado Pacheco, Pedro, *op. cit.*, pp. 167-210.

tos, puesto que los *critical legal studies* tienen su fundamento en la ciencia y teoría políticas, mientras que el análisis económico del derecho y el proceso parten de la economía y, más exactamente, de la microeconomía clásica; que, además, mientras los *critical legal studies* no lograron formular una teoría consistente para explicar el fenómeno jurídico y, básicamente, el procedimiento seguido en la creación del derecho –puede decirse, mayoritariamente judicial–, el análisis económico sí ha desarrollado sus propias teorías y cobrado una enorme importancia en la cultura jurídica americana.

Mercado Pacheco también explica que la recepción del análisis económico no se hizo sin sobresaltos, pues generalizadamente en un principio se le criticó por provenir de un sistema jurídico diverso al continental europeo y que, en esa medida, no era replicable en él; sin embargo, expone que superado este escollo, el análisis económico ha ido penetrando con fuerza en la Europa continental, como una reacción a los extremos de la dogmática jurídica kelseniana.

Este crecimiento del análisis económico es evidente en España tanto en la enseñanza, como la elaboración de políticas públicas inmersas en reformas legales y el ámbito judicial, así como en la práctica profesional de los operadores jurídicos y la investigación que cuenta con un número amplio y creciente de autores y obras que han abordado una gran variedad de temas.⁶⁵

En los países latinoamericanos parece que el análisis también se ha visto como una reacción al mismo dogmatismo jurídico que tiene su origen en Kelsen, a la par que ha sido fomentado por las corrientes neoliberales.

Lo mismo en Sudamérica con Argentina⁶⁶ a la cabeza, que parece tener un desarrollo sobresaliente en la materia, que en Centroamérica con El Salvador, el movimiento se ha hecho sentir.

⁶⁵ Cfr. Pastor, Santos y Pintos Ager, Jesús, *Law and economics in Spain* [en línea], Enciclopedia of Law and Economics [Madrid, España], 1999 [ref. de 10 de septiembre de 2003], disponible en web: <http://encyclo.findlaw.com/0385book.pdf>.

⁶⁶ Dos exponentes y obras importantes pueden encontrarse en Coloma, Germán, *op. cit.*, en la cual el autor aborda el estudio de la propiedad, los contratos, la responsabilidad y la regulación legal desde el ángulo del análisis económico, sobre la base de conceptos económicos y microeconómicos que proporciona de manera orientadora al lector, y cuya principal contribución puede ser el ajuste del análisis económico al ordenamiento jurídico argentino en los temas indicados; Ghersi, Carlos Alberto, *Econometría jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2002, en la cual Ghersi aplica la matemática, la econometría, la estadística y los cálculos actuariales para proponer alternativas para la cuantificación de los daños y lo cual parece una contribución notable al proceso. Asimismo, es clara la creciente importancia del análisis económico en áreas diversas, como queda patente en la producción de obra de la Asociación Argentina de Economía Política, cuya dirección electrónica es: <http://www.aaep.org.ar/>. Y, finalmente, también es relevante la circunstancia de que existen instituciones educativas que incorporan en su visión al análisis económico, como se puede constatar en los diversos programas ofertados por la Universidad Torcuato di Tella, señaladamente su Maestría en Derecho y Economía y la producción de obra jurídica-económica.

En México, pese a la cercanía geográfica con los Estados Unidos de América, el análisis económico del derecho y del proceso ha corrido de manera lenta, tanto en la enseñanza,⁶⁷ como en la investigación,⁶⁸ mientras que su utilización en la elaboración de políticas públicas es incipiente.

8. ¿Para qué el análisis económico del proceso?

En el ámbito de la teoría general del proceso, se ha estudiado al proceso desde ángulos específicamente jurídico formales y como el producto de condiciones sociales que se han desarrollado lentamente a lo largo del tiempo para incluso señalar sus etapas (primitiva, literatura romana, judicialista, practicista, procedimentalista y la etapa del procesalismo científico);⁶⁹ aunque también en el campo de la sociología del derecho "...se han llevado a cabo importantes investigaciones empíricas sobre temas que interesan al derecho procesal, tales como los aspectos económicos, organizativos, culturales e ideológicos de la administración de justicia; el proceso de formación de la decisión judicial..."⁷⁰ aspectos que se abordan como el producto de las condiciones sociales presentes y de la lucha por el poder que sostienen los diversos grupos de la sociedad, lo cual cifra el análisis sobre la capacidad de acción de los grupos humanos y se dejan fuera, en gran medida, sus motivaciones individuales.

Las explicaciones racionales normativas, históricas o sociológicas del proceso, con sus diferencias y matices, por tanto, no han centrado su análisis en el aspecto racional del individuo, por cuanto éste tiene preferencias estables, congruentes y que determinan el actuar del mismo, guiado por la expectativa egoísta de beneficios; lo cual es válido, incluso, para cuando el individuo actúa en grupo, pues como se ha visto anteriormente, un grupo no es un ente colectivo con voluntad propia en cuanto grupo, sino que es un conjunto de individuos cuyas voluntades y actos pueden coincidir eventualmente.

De este modo, el análisis económico del proceso tiene como objetivo explicar y evaluar al proceso a partir del individuo racional, con base en los supuestos metodológicos estudiados en este trabajo.

⁶⁷ Básicamente es en el Instituto Tecnológico Autónomo de México en donde se han implementado programas de enseñanza jurídica que incorporan el análisis económico del derecho, lo cual no ha sucedido en otras instituciones quizá debido a que la mayoría de las escuelas, públicas y privadas, tienen una orientación económica diversa.

⁶⁸ Cfr. Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, pp. 95-100.

⁶⁹ Cfr. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, pp. 61-71.

⁷⁰ Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, p. 47.

Pero no sólo eso, puesto que esas explicaciones y evaluaciones –que no deben considerarse como excluyentes de otras– indudablemente también son de valor para la toma de decisiones, sea para la realización de una reforma procesal, o para la construcción de políticas públicas jurídicas y de naturaleza procesal, subrayándose esta utilidad en un mundo en el cual los recursos son escasos y deben aplicarse de la forma en la cual sean más eficientes.

9. A manera de conclusión

El análisis económico del proceso tiene su raíz en el análisis económico del derecho como una corriente alternativa y, en gran medida, complementaria de las visiones formales, reales, sociológicas e históricas del derecho.

Por otra parte, si bien la relación economía-proceso se ha establecido preferentemente en el marco del principio de economía procesal que se extiende a todo el proceso, debe señalarse la diversidad del análisis económico del proceso sobre su base teórico-metodológica y por sus fines.

El análisis económico del proceso surge como una necesidad histórica, lo mismo que como una nueva alternativa metodológica del conocimiento jurídico-procesal, que puede proporcionar una nueva línea de argumento en el campo procesal y que está llamada a participar en la construcción de políticas públicas jurídicas y procesales que no se deben circunscribir a temas tradicionalmente considerados como económicos, sino a todo tema del proceso.

De ahí que también sea necesario que las escuelas y facultades de derecho incorporen esta alternativa en sus planes y programas de estudio, lo mismo que es deseable que los operadores jurídicos hagan lo propio en su quehacer.

Referencia documental

ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo, *Los principios rectores del proceso*, ponencia presentada en el Tercer Curso de Derecho Procesal, organizado por el Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal, A.C., Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la UNAM, A.C. y el Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal A.C., s/e, México, 2001.

BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Teoría del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1963.

BETHAM, Jeremy, *Escritos económicos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965.

CABRILLO RODRÍGUEZ, Francisco y Pastor, Santos, *Reforma judicial y economía de mercado*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2001.

- CAPPELLETTI, Mauro, *Proceso, ideologías, sociedad*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, EJEA, Buenos Aires, 1974.
- COLOMA, Germán, *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.
- COOTER, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, traducción de la segunda edición del inglés por Eduardo L. Suárez, México, 1998.
- DURÁN y LALAGUNA, Paloma, *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Comares, Granada, 1992.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Teoría general del derecho procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992.
- GAROUPA, Nuno, *Crime and punishment: Further results* [en línea], Social Science Research Network Electronic Library [Barcelona, España], noviembre de 1998 [ref. 10 de septiembre de 2003], disponible en web: <http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/99011203.pdf?abstractid=145756>
- GHERSI, Carlos Alberto, *Econometría jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 9a. ed., Oxford, México, 1996.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, *Coches y accidentes I* [en línea], Indret [Barcelona, España], mayo de 2000 [ref. 10 de septiembre de 2003], disponible en web: http://www.indret.com/rcs_articulos/cas/coches1.pdf.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús, “El análisis económico del derecho: Algunas cuestiones sobre su justificación”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms.15-16 (1994), pp. 929-943.
- HIERRO, Liborio L., “La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms.15-16 (1994), pp. 945-969.
- KERKMEESTER, Heico, *Methodology: General* [en línea], Enciclopedia of Law and Economics [Rotterdam, Holanda], 1999 [ref. de 10 de septiembre de 2003], disponible en web: <http://encyclo.findlaw.com/0400book.pdf>.
- MERCADO PACHECO, Pedro, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- MORELLO, Augusto M., *Estudios de derecho procesal*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, 5a. ed., Oxford, México, 2001.
- PASTOR, Santos, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Civitas-Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- y Pintos Ager, Jesús, *Law and economics in Spain* [en línea], Enciclopedia of Law and Economics [Madrid, España], 1999 [ref. de 10 de septiembre de 2003], disponible en web: <http://encyclo.findlaw.com/0385book.pdf>.
- PINDICK, Robert S. y Rubinfeld, Daniel L., *Microeconomía*, 5a. ed., traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia, Prentice Hall, Madrid, 2001.

- PINTOS AGER, Jesús, *Efectos de la baremación del daño sobre la litigiosidad* [en línea], Indret [Barcelona, España], 04/2003 [ref. de 9 de septiembre de 2003], disponible en web: http://www.indret.com/rcs_articulos/cas/131.pdf.
- POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
- ROEMER, Andrés, *Economía del crimen*, LIMUSA, México, 2001.
- , *Introducción al análisis económico del derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México-Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística-Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- RUBIO, Luis, Magaloni, Beatriz y Jaime, Edna, *A la puerta de la ley*, CIDAC-Cal y Arena, México, 1994.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, *Justicia y mercado. Algunos comentarios sobre la influencia económica de las decisiones judiciales en México* [en línea], Suprema Corte de Justicia de la Nación [México], 8 de abril de 2002 [ref. de 10 de septiembre de 2003], disponible en web: <http://www.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Default.asp>.
- SHAVELL, Steven, *Economic analysis of litigation and the legal process* [en línea], Harvard, John M. Olin Center for Law, Economics and Business [Cambridge, USA], 02/2003 [ref. de 10 de septiembre de 2003], disponible en web: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/404.pdf.
- , *Economic analysis of the general structure of the law* [en línea], Harvard, John M. Olin Center for Law, Economics and Business [Cambridge, USA], 02/2003 [ref. de 10 de septiembre de 2003], disponible en web: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/408.pdf.
- SMITH, Adam, *Teoría de los sentimientos morales*, Alianza, Madrid, 1997.
- VAN CAYSEELE, Patrick y Van den Bergh, Roger, *Antitrust Law* [en línea], Enciclopedia of Law and Economics [Rotterdam, Holanda], s/f [ref. de 10 de septiembre de 2003], disponible en web: <http://encyclo.findlaw.com/5300book.pdf>.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “Comentarios a los fundamentos filosóficos del análisis económico del derecho”, en *Gaceta de Economía*, año 5, núm. 9, pp. 159-174.
- VÉSCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*, t. I, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1999.
- VOIGT, Stefan, *Constitutional law* [en línea], Enciclopedia of Law and Economics [Alemania], 1999 [ref. de 10 de septiembre de 2003], disponible en web: <http://encyclo.findlaw.com/9100book.pdf>.