

Ana María Neira Pena

(Directora)

Federico Bueno de Mata y Julio Pérez Gaipo

(Coordinadores)

Los desafíos de la justicia en la era post crisis

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2016 Los autores

© 2016 Atelier

Vía Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-1665-229-7

Depósito legal: B-22779-2016

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

18 | El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis

Nicolás Ignacio Ariel Carrasco Delgado
Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales,
Diplomado en Derecho Procesal Penal y Magíster en Derecho Económico
de la Universidad de Chile. Doctorando en la Universidad Autónoma de Madrid.
Profesor Asistente de Derecho Procesal de la Universidad de Chile

I. INTRODUCCIÓN

El análisis económico del derecho es una disciplina reciente,¹ que ha generado amplia discusión en los últimos sesenta años.² Se encuentra ampliamente difundida en el sistema anglosajón y en los últimos treinta años ha comenzado a generar interés en el derecho continental. En lengua española ya existen al-

1. En efecto, al respecto Veljanovski relata que: «El programa de derecho y economía de la Universidad de Chicago se originó a principios de la década de los cuarenta, cuando Henry Simon fue contratado como profesor de jornada en su escuela de derecho. Después de que Simon murió, en 1947, Aaron Director tomó esa responsabilidad académica y, en 1949, fue nombrado profesor de economía de esa misma escuela. Director ejerció una influencia intelectual considerable a través de los trabajos de algunos de sus alumnos, como Bowman, Bok y Manne, sobre los monopolios (*antitrust*). Lo anterior y la orientación de los economistas de Chicago hacia el desarrollo de políticas públicas fueron dos factores que contribuyeron a un estudio económico del derecho de mayor profundidad. En 1958, con la fundación del *Journal of Law and Economics*, bajo la dirección editorial de Aaron Director y luego Ronald Coase, el programa de derecho y economía de Chicago inició una nueva fase» VELJANOVSKI, Cento. *Economía del Derecho*. Traducción: DE LA MAZA, Iñigo, y MERY, Rafael. Ediciones Diego Portales, Santiago, 2006, pp. 31-32.

2. Es importante hacer presente que la contribución de Coase, por intermedio de la publicación en 1960 de su trabajo: *The problem of social cost*, constituye junto con la obra de Guido Calabresi: *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, publicada en 1961, y el libro de Gary Becker: *Crimen and punishment: An economic approach* (1968), verdaderos hitos en la historia del análisis económico del derecho, y la fuente primaria de una vasta literatura acerca de sus contribuciones.

gunos trabajos genéricos sobre el tema³ y tímidamente han comenzado a surgir estudios de *law and economics* en materia de Derecho Procesal.⁴

En lo que interesa en este trabajo, cuando hablemos de análisis económico del derecho nos estaremos refiriendo a los criterios de eficiencia por medio del cual adquiere contenido. Algunos aspectos preliminares sobre dichos criterios serán tratadas en la sección II de este trabajo.

Para clarificar la idea acerca de cómo el análisis económico del derecho presenta utilidad tanto al legislador como al juez es que, en la sección III, se desarrollará una clasificación con miras a resolver la cuestión de la asignación de valor a la eficiencia como factor a ser utilizado en tales contextos.

En la sección IV se expondrá la aplicación del criterio de eficiencia en su faz legislativa, donde se explicará que la configuración del proceso debe tender a la obtención de un óptimo de costos con resguardo del debido proceso.

Posteriormente, en la sección V, se analizarán los criterios de eficiencia en su faz judicial, explicando las razones que hacen procedente el criterio Kaldor-Hicks como factor de decisión judicial aplicable al proceso. Dicha conclusión se llegará al rechazar la principal objeción que existe sobre dicho criterio.

Terminaremos en la sección VI con las conclusiones, siendo las más relevantes aquellas que entienden el análisis económico del derecho como una herramienta adecuada para enfrentar el cambio legal en una sociedad (post-crisis)

3. Por citar algunos ejemplos: (i) BAYÓN, Juan Carlos. Eficiencia e inalienabilidad. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 15-15, volumen II, 1994, pp. 971-999; (ii) COSSIO DÍAZ, José Ramón. *Derecho y análisis económico*. México, Fondo de Cultura Económico, 1997.; (iii) DURÁN Y LALAGUNA, Paloma. *Una aproximación al análisis económico del Derecho*, Edit. Comares, Granada, 1992; (iv) HIERRO, Liborio. *Justicia, igualdad y eficiencia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; (v) MERCADO, Pedro. *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994; (vi) PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*. Tecnos, Madrid, 1989; (vii) ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994; (viii) TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*. Tecnos, Madrid, 1989.

4. A propósito de la procedencia del análisis económico en temas procesales específicos revisar las siguientes publicaciones respecto de la: (i) Aplicación de dicha disciplina en la contra-cautela: CARRASCO DELGADO, Nicolás. *La contracautela: Una mirada desde el análisis económico del derecho procesal*. *Revista de Derecho y Humanidades*. N° 16, V. 2, 2010, pp. 171-185; (ii) Aplicación del análisis económico del derecho en relación a las costas: HUERTA, José Miguel. *Reglas de costas y sanciones pecuniarias: un análisis económico para la reforma procesal civil en Chile*. Disponible: [<http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivos/355.pdf>], última visita 8 de noviembre de 2015; (iii) Aplicación sobre litigación civil y acceso a la justicia: MERY, Rafael. *Una aproximación Teórica y Empírica a la Litigación Civil en Chile*. Disponible: [http://works.bepress.com/rafael_mery_nieto/1/], última visita 8 de noviembre de 2015; (iv) En relación con la aplicación de criterios de eficiencia en materia de medidas cautelares: (iv.1) CARRASCO DELGADO, Nicolás. *Análisis Económico de las Medidas Cautelares Civiles*. Abeledo Perrot, Santiago: 2012, p. 361; (iv.2) RAMOS Romeu, Francisco. *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*. Barcelona. Editorial Atelier, 2006; (v) Respecto del derecho concursal: CABRILLO, Francisco. *Quiebra y liquidación de empresas*. Unión Editorial, Madrid, 1989.

que debe asignar algún valor a los beneficios y costos. Dicha conclusión va de la mano con otro aporte de este trabajo referido a la aplicación de los criterios de eficiencia en los sistemas jurídicos de derecho continental o *civil law*, tal como lo he venido sosteniendo en trabajos anteriores.⁵

II. Algunas notas preliminares

A modo preliminar, cabe señalar que es posible identificar dos objetivos del análisis económico del derecho. El primero supone que los sujetos actúan como entes que tienden a maximizar su beneficio, de manera que, considerarán la norma jurídica promulgada como un precio implícito en la toma de sus decisiones a los efectos de realizar o no la conducta involucrada en el supuesto jurídico. Lo anterior constituye el objeto del análisis económico del derecho positivo, que pone énfasis en la descripción y explicación del contenido de un conjunto normativo o de prácticas contractuales. El segundo objetivo del análisis económico del derecho, busca propender a cambios legales o tender a una adjudicación judicial motivada por la búsqueda de la eficiencia. Ello importa que se valore la eficiencia de mejor manera que otras premisas como, por ejemplo, la equidad o la justicia. Lo anterior constituye el objeto del análisis económico normativo, que tiene como tarea determinar cómo el ordenamiento jurídico puede ser utilizado para obtener determinar fines, tales como, la prevención de conductas indeseadas o ineficientes, desde la óptica de la economía.

Como hemos señalado precedentemente el análisis económico del derecho — en sus dos perspectivas—, se concretiza en ciertos criterios de eficiencia que le dan contenido. Dichos criterios corresponden al parámetro de minimización de costos de Coase; los criterios paretianos de eficiencia (óptimo y superior de Pareto); el criterio Kaldor-Hicks, y la maximización del bienestar de Posner. Un repaso breve de los mismos resulta necesario a efectos del entendimiento de lo que resta en este trabajo.

El primer criterio proviene de Ronald Coase, quien en su publicación de 1960 en *The Journal of Law and Economics* de la Universidad de Chicago, titulada: «*El problema del costo social*», dejó en claro que toda decisión jurídica de asig-

5. Ver: (i) CARRASCO DELGADO, Nicolás. Ob. Cit. (2012); (ii) CARRASCO DELGADO, Nicolás y NUÑEZ OJEDA, Raúl. Análisis Económico de la Administración de Justicia ¿La justicia como bien público o privado? Revista Chilena del Derecho, Vol. 42, N ° 2, 2015, pp. 595-613, y (iii) CARRASCO, Nicolás y NUÑEZ, Raúl. Conceptos generales del Análisis Económico del Derecho Concursal. En: CARRASCO, Nicolás y NUÑEZ, Raúl (Coords). Presente y Futuro del Derecho Procesal Concursal Chileno. Una revisión desde el Análisis Económico del Derecho. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2014, pp. 30-53.

nación de derechos significa un problema dual, ya que al beneficiar a A, se está perjudicando a B, frente a lo cual, y con miras a evitar el mal mayor debe decidirse si se permite que A dañe a B, o bien que B dañe a A.⁶ Ronald Coase en dicho artículo desarrolla los elementos que darían lugar a lo que se conoce como el Teorema de Coase.⁷ De dicho Teorema se puede extraer una pauta de elección social para el juez: Dicha decisión debe tender a la reducción de los costos a fin de propender a la eficiencia, ya que la alternativa menos cara resulta la que genera mayor beneficio social.

El objetivo de eficiencia de Coase supone valorar los escenarios alternativos de una decisión para ambas partes en términos de beneficios y perjuicios (asunto de naturaleza dual), ya que así, reduciríamos los costos involucrados lo que significa aumentar la suma de los beneficios netos. Con ello, el Derecho al equilibrar los intereses de ambas partes balanceará las pérdidas producidas por el daño y los costos de prevenirlos,⁸ permitiendo llegar a una situación de minimización y de eficiencia.

La aplicación del Teorema de Coase tiene un claro fin consecuencialista. En efecto, el Teorema de Coase se enmarca dentro de una visión pragmática de la labor judicial, en virtud de la cual, el fundamento de la decisión viene dada por las consecuencias sociales o efectos que ella probablemente tendrá y no en la deducción de una respuesta para el caso concreto a partir de premisas al modo de un silogismo construido desde un texto o una fuente preexistente.⁹

Sin embargo, tal criterio no eliminó la necesidad de que el juez al adoptar su decisión emitiera un juicio de valor a favor de la aplicación de un criterio de eficiencia, el que podría no tener un fundamento moral independiente a su formulación.

6. Sobre la naturaleza dual de las decisiones jurídicas y económicas, ver: COASE, Ronald. El problema del Costo Social. *Revista de Estudios Públicos*. N° 45, 1992 p. 3. BEYER, Harald. Ronald Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho. *Revista de Estudios Públicos*. N° 45, 1992, p. 12.

7. Dicho Teorema expresa que sea cual fuere la asignación inicial específica de los derechos de propiedad el resultado final será eficiente siempre y cuando la asignación inicial legal se encuentre bien definida y cuando las partes puedan llegar a un acuerdo y aplicarlo sin costo alguno, debiendo distinguirse dos situaciones: (a) Dada una situación sin costes de transacción, se podría lograr un resultado eficiente con independencia de la norma o decisión judicial atributiva del derecho elegida, y (b) Dada una situación en que hay costos de transacción, la solución eficiente no puede lograrse con independencia de la norma jurídica o decisión judicial elegida, por lo tanto, será preferible aquella norma o decisión que reduzca al mínimo los efectos de los costes de transacción (TAVANO, María Josefina. Coase: Un teorema para el derecho. Su aplicación: A la responsabilidad civil, los derechos patrimoniales, al derecho de los contratos y al derecho de familia. En: *Análisis Económico del Derecho*. Compilación: Kluger, Viviana. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2006, pp. 60-61).

8. VELJANOVSKI, Cento. Ob. Cit., pp. 71-72.

9. En este sentido: POSNER, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 51-52 y 100-101.

Pretendiendo superar tal dificultad, Vilfredo Pareto buscó generar una teoría de decisiones sociales al margen de los juicios de valor, por medio de la unanimidad.¹⁰ En tal sentido, y en base a un criterio de unanimidad débil, definió dos conceptos de eficiencia conocidos como: Pareto-superior (En adelante indistintamente: P-S) y Pareto-óptimo (En adelante indistintamente: P-O). Así, una decisión es superior en el sentido de Pareto, cuando todo miembro de una comunidad prefiere la situación X a la situación Y, o bien, es indiferente a ambas situaciones, pero prefiere mínimamente la situación X. Por su parte, estamos en presencia de una situación de óptimo de Pareto, cuando sólo se consigue una mejora para alguien, si transitamos desde una determinada situación social a otra, sin que al menos una persona, sufra por tal cambio, un perjuicio.

No obstante el propósito loable de unanimidad, los criterios paretianos no han estado exentos de discusión académica en lo referente a que no eliminan externalidades negativas ni resulta claro que estén basados en el consentimiento como fundamento de unanimidad.¹¹

Ahora bien, con miras a dar sentido de realidad a la eficiencia —dadas las imposibilidades de la unanimidad—, es que Nicholas Kaldor¹² formuló una regla de decisión de elección social que pretendía elegir entre dos situaciones en base a un criterio que significara una mejoría a Pareto. En este sentido, propuso lo siguiente: Un estado de cosas, X, es eficiente en términos de Kaldor, a otro estado de cosas, Z, si después de moverse de Z a X, los ganadores pueden compensar a los perdedores. En consecuencia, de acuerdo a dicho criterio, y a diferencia de Pareto, existen perdedores y ganadores. La manera de operar del mismo, supone que el sujeto a quien le corresponde decidir acerca de la elección de un determinado estado de cosas, debe poner en práctica aquélla situación que generando perdedores, haga posible una indemnización potencial

10. Ver: PARETO, Vilfredo. *Manual de Economía Política*. Trad: Guillermo Cabanellas, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1954, p. 527; PARETO, Vilfredo. *Escritos sociológicos*. Trad: María Luz Morán, Editorial Alianza, Madrid, 1987, p. 395.

11. En efecto, según Ronald Dworkin la eficiencia Paretiana no elimina la existencia de externalidades negativas. Tampoco, agrega Dworkin, dicho criterio debería ser aceptado, porque no permitiría diferenciar situaciones de eficiencia frente a muchas situaciones Pareto-Eficiente (DWORKIN, Ronald. ¿Es la riqueza un valor?. *Revista Estudios Públicos*. N° 69, 1998, p. 262). Por otra parte, Jules Coleman, ha desacreditado la posibilidad de fundar los estados P-S en el consentimiento, sobre la base de sostener que si bien es factible sostener que los estados P-S son preferidos a aquellos estados inferiores a él, en un sentido de Pareto, dicha preferencia no significa que sean consentidos, a menos, que indudablemente, la preferencia sea definida en términos de consentimiento, en cuyo caso, no puede justificarse un cambio P-S, en base a dicha unanimidad, precisamente porque el consentimiento al formar parte del concepto no serviría como base moral independiente, por medio del cual, valorar el paso a un estado P-S en términos de Pareto (COLEMAN, Jules. *Los Fundamentos del Bienestar*. *Revista de Derechos y Humanidades*. N° 10, 2004, p. 24).

12. KALDOR, Nicholas. *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*. *The Economic Journal*. Vol. 49, N° 195, 1939, pp. 549-552.

por parte de los ganadores a favor de los perdedores, y no por ello, los primeros dejan de perder su calidad de ganadores.

Dicho criterio, supone una compensación potencial a favor de los perjudicados. No se necesita que dicha compensación potencial se traduzca en una indemnización real y efectiva.¹³ Adicionalmente, al incluir los conceptos de perdedores y ganadores, reingresa las dificultades que Pareto pretendió dejar de lado (regla unánime de decisión).

Se ha complementado el criterio de Nicholas Kaldor, con lo expuesto por John Hicks,¹⁴ cuya propuesta está sostenida en términos de la cuestión de si los perdedores podrían sobornar a los ganadores para no permitir un movimiento hacia el nuevo estado social.¹⁵ O sea, el perdedor pudiera estar dispuesto a pagar al ganador, una cantidad de dinero determinada para impedir el paso al nuevo estado social (X), en la medida que dicha suma de dinero sea menor que la pérdida que sufre en el paso del estado social (Z) a (X).

Con todo, la problemática fundamental del criterio de Kaldor-Hicks la constituye la paradoja de Scitovsky,¹⁶ que supone una inconsistencia lógica del mencionado criterio, toda vez que, dos situaciones sociales (X e Y) pueden paralelamente cumplir con una eficiencia según Kaldor-Hicks. De esta forma, tal criterio carecería de transitividad, ya que, puede ser que tanto X sea más eficiente que Y, como asimismo, que Y sea más eficiente que X, en ambos casos, según Kaldor Hicks.

Con posterioridad, Richard Posner, reformuló los criterios de eficiencia que se han descrito (Pareto y Kaldor Hicks) y en la segunda edición de su libro *«Economic Analysis of Law»*, de 1977, desarrolla su concepto de eficiencia al que denomina «Maximización del bienestar», el que se estructura sobre la predisposición a pagar por los derechos que tienen las personas en el mercado. La riqueza, de esta forma, sería el valor de todo lo que existe en una sociedad expresado en dólares o en moneda equivalente. Y se mide, por lo que la gente

13. La posibilidad de esta compensación dependerá, entre otros factores, del estado de distribución de riqueza anterior. En efecto, si los ganadores son personas pobres, y su ganancia es en términos relativos mayor a su riqueza inicial, entonces, la compensación de existir, generará que dichas personas pasen a ser perdedores, produciéndose una pérdida social neta.

14. Al respecto, ver: (i) HICKS, John. The Foundations of Welfare Economics. The Economic Journal. Vol. 49. N° 196, 1939, pp. 696-712; (iii) HICKS, John. The Rehabilitation of Consumers' Surplus. Review of Economic Studies. Vol. 8, 1941, p. 108.

15. JHUNJHUNWALA, Bharat. Kaldor-Hicks-Scitovsky Criteria: A postmortem. Southern Economic Journal. Vol. 40, N° 3, 1974. p. 493.

16. SCITOVSKY, Tibor. A note on Welfare Propositions in Economics. Review of Economics Studies. Tomo. 9, 1941, pp. 77-88.

se encuentra dispuesta a pagar por ello, o bien, por lo que solicitaría para desprenderse de lo que poseen.¹⁷ En este sentido, los derechos se desplazarían a quienes les otorguen mayor valor, ya que ellos estarían dispuestos a desembolsar mayores recursos en su consecución.

Posner, pretende justificar su principio en la autonomía de las personas en cuanto ellas unánime y libremente adherirán a un criterio de elección social que incremente o maximice la riqueza. Ahora bien, sobre dichas bases expresa que el consentimiento daría lugar a una compensación *ex ante* ya que los individuos convendrían en la maximización de la riqueza para establecer las reglas de adjudicación. La explicación además de filosófica sería económica, en razón que dicha forma de compensación sería menos costosa, al existir menores costos asociados e iniciales de aquellos que concurren en sistemas en donde hay compensación y es *ex post*.

Con el criterio de Posner cerramos el breve repaso de los criterios de eficiencia, los cuales pretenden con un fundamento económico solucionar algunas de las dificultades de indeterminación que la noción de principios de justicia o de equidad traen consigo.¹⁸ De hecho, tales criterios de eficiencia han sido formulados de forma conceptualmente clara y con límites definidos, de forma que más allá de las apreciaciones críticas que sea posible realizar a cada uno de ellos,¹⁹ las mismas no refieren la falta de delimitación de su ámbito de aplicación.

17. POSNER, Richard. Some uses and Abuses of Economics in Law. The University of Chicago Law Review. Vol. 46. N° 2, 1979, pp. 119 y ss.

18. En este sentido: (i) BEYLEVELD, Deryck y BROWNSWORD, Roger. Law as Moral Judgment. 2.ª ed., Sheffield: Sheffield Academic Press, 1994, p.369, y (ii) ALEXY, Robert. El concepto y la naturaleza del derecho. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 49, donde señala: «Los debates morales tienden a ser interminables. A menudo en la vida social no puede alcanzarse un consenso mediante el discurso».

19. En este sentido, y con fines puramente ilustrativos la literatura básica de las críticas a cada criterio de eficiencia, las podemos encontrar en: (i) Literatura crítica en relación al criterio de Coase: (i.1) POSNER, Richard. Ob. Cit. (1998), p. 214; (i.2) COLEMAN, Jules. «Efficiency, Exchange, (...)», (1980) pp. 221-249; (i.3) FRECH, Harry. The Extended Coase Theorem and Long Run Equilibrium, 17, Economic Inquiry, p. 254-257; (i.4) COLEMAN, Jules. Efficiency, Utility, (...), (1980), pp. 508-551. Ver específicamente las páginas 541 y 542; (i.5) SCHAFFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Manual de Análisis Económico del Derecho Civil. Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pp. 87-89; (ii) Literatura crítica respecto de la eficiencia paretiana: (ii.1) COLEMAN, Jules. «Efficiency, Exchange (...)» (1980), pp: 237-245; (ii.2) COLEMAN, Jules. Ob. Cit., (2004), p.17-20; (ii.3) POSNER, Richard. Ob. Cit. (1998), p.240; (iii) Literatura crítica respecto del criterio Kaldor Hicks: (iii.1) JHUNJHUNWALA, Bharat. Ob. Cit., p. 493; (iii.2) SCITOVSKY, Tibor. Ob. Cit., pp. 77-88; (iii.3) COLEMAN, Jules. Efficiency, Utility (...), (1980), pp. 525-526; (iii.4) SCHAFFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Ob. Cit., pp. 52-54; (iii.4) EIDENMÜLLER, Horst. Effizienz als Rechtsprinzip. Mohr Siebeck, 3rd ed. 2005; (iv) Literatura crítica respecto de criterio de maximización del bienestar: (iv.1) KORNHAUSER, Lewis. A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law. Hofstra Law Review. Vol. 8, 3, 1980, pp. 594-595; (iv.2) CALABRESI, Guido. The pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further». The Yale Law Review, N° 100, 1990-1991, pp. 1223-1225.

III Enfoques de utilidad del análisis económico del Derecho procesal

Según Keith Hylton,²⁰ la perspectiva del normativa del análisis económico del derecho ha tenido un mayor tratamiento por parte de los académicos. A ello asocia una consecuencia indeseada en cuanto a que el examen de la explicación y descripción de las instituciones legales resulta necesario para cualquier reforma o modificación regulatoria que deseemos llevar a cabo. En este sentido, la viabilidad del análisis económico del derecho normativo con los cambios que propugna en términos de eficiencia, debe estar condicionado por un adecuado conocimiento de los efectos que genera la regulación que se pretende reformar. Esta posición se asemeja a aquellas que entienden una perspectiva evolutiva del derecho, en cuanto a que los procesos de reforma regulatorios deben atender necesariamente al curso de progreso normativo que emana del mismo objeto a reformar.²¹ Con todo, lo que destacamos de la observación de Hylton es que la aplicación normativa del análisis económico del derecho requiere de un examen positivo previo.

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado es importante constatar que tanto el análisis económico del derecho normativo como el análisis económico del derecho positivo tienen un objeto común: la consecución de eficiencia. Al respecto, dicho objeto común puede ser alcanzado en dos de los contextos de decisión social más relevantes en la práctica jurídica y cuyos destinatarios desde una perspectiva institucional corresponden a la legislatura y a la labor de adjudicación.

En este sentido, podemos clasificar las consecuencias que trae consigo el análisis económico del derecho en sus dos vertientes respecto de los dos ámbitos de decisión social institucional al que hemos hecho referencia, de la siguiente forma:

- a. *Análisis Económico del Derecho normativo en relación a la legislación*: Refiere la búsqueda de una reforma legal en atención a criterios de eficiencia. En otras palabras, se pretende la creación de un nuevo estatuto en alguna área jurídica en particular, basado en formulaciones de eficiencia. La herramienta de utilidad aplicable en la especie es la reforma legal de lege ferenda.
- b. *Análisis Económico del Derecho positivo en relación a la legislación*: Dice relación con el examen y descripción de las consecuencias económicas que trae consigo una normativa determinada de fuente legal o similar. La herramienta de utilidad aplicable a la especie es el estudio de *lege data*.

20. HYLTON, Keith. Calabresi and the intellectual history of Law & Economics. Working Paper Series, Law and Economics Working Paper, pp. 5-7. En el mismo sentido, se sorprende por la escasa importancia asignada a Adam Smith, como precursor del examen positivo de las instituciones legales. Ello lo atribuye a la importancia preponderante que se ha dado al trabajo de Bentham, quién por su parte, se encuentra entre los precursores de la perspectiva normativa del análisis económico del derecho.

21. Ver: SUGDEN, Robert. Spontaneous Order. Journal of Economic Perspectives. V. 3, N ° 4, 1989, pp. 85-97.

- c. *Análisis Económico del Derecho normativo en relación a la labor de adjudicación*: Persigue la aplicación de criterios de eficiencia por parte de los jueces al momento en que ellos realizan su labor de adjudicación. Desde esta perspectiva, el análisis económico normativo no solamente resulta utilizable por el órgano que decidirá —el juzgador—, sino que también por los operadores jurídicos involucrados en el conflicto —las partes. Los criterios de eficiencia constituyen el parámetro de la corrección de la decisión judicial, en términos tales que una decisión judicial será aceptada desde el análisis económico del derecho en la medida que se encuentre fundada en criterios de eficiencia.
- d. *Análisis Económico del Derecho positivo en relación a la labor de adjudicación*: Este supuesto se traduce en examinar y describir las decisiones judiciales adoptadas, desde el punto de vista de las consecuencias en el bienestar que ellas generaron. Se debe llamar la atención que en el caso que se realice análisis económico del derecho positivo en relación a la labor de adjudicación en un sistema legal que no reconozca la eficiencia como criterio aceptado o subyacente de la regulación legal ni de la actividad judicial, el desarrollo de esta perspectiva tendrá una utilidad puramente académica, en cuanto a constatar cuales fueron las repercusiones de eficiencia de ciertas decisiones judiciales. Sin embargo, si el análisis económico del derecho positivo en relación a la labor de adjudicación se realiza en el contexto de un sistema jurídico que sí reconoce la eficiencia como criterio aceptado o subyacente a la regulación, entonces, esta perspectiva tiene como utilidad generar conocimiento empírico en relación al logro del objetivo perseguido con las decisiones adoptadas en base a eficiencia según la clasificación c) anterior.

Normalmente dichas perspectivas concurrirán de manera conjunta. Así por ejemplo la perspectiva del análisis económico del derecho positivo en relación a la legislación, servirá para evaluar las consecuencias económicas y de eficiencia que existen en la regulación actual, lo cual puede ser de utilidad para un proceso de reforma (análisis económico del derecho normativo en relación a la legislación). Sin embargo, no necesariamente deben concurrir de manera conjunta.

Teniendo claridad de la clasificación mencionada, es importante hacer presente que la aplicación de los criterios de eficiencia traen consigo externalidades públicas positivas respecto de la actuación tanto del legislador como del juez. En este sentido, y respecto de la legislación una regulación basada en consideraciones de eficiencia, al considerar la importancia de los costos involucrados tenderá a generar una mayor preocupación por el correcto destino de los recursos fiscales. Se trata de una guía adecuada para una buena regulación.²²

22. En este sentido la OCDE, en sus «Recomendaciones del consejo sobre política y gobernanza regulatoria» del año 2012, ha establecido como reglas de buena regulación: «5. Revisar de forma sistemática el inventario de regulación significativa con base en metas de política pública claramente definidas, incluida la considera-

Por su parte, las pautas de eficiencia como factores de decisión judicial deben considerar su naturaleza consecuencialista, lo que se traduce en que el juez tendría la posibilidad de optar por la eficiencia al valorar las consecuencias alternativas que puede generar su decisión. En otras palabras, si los criterios de eficiencia resultan aplicables a un determinado sub-conjunto normativo, entonces, el juez deberá *ex ante* valorar las consecuencias que se derivan de su fallo, para saber si tales consecuencias persiguen la obtención de los fines que suponen los criterios de eficiencia.²³

Dicha aplicación consecuencialista de los criterios de eficiencia en la decisión judicial, constituye una buena forma de generar certeza en los sujetos implicados en el caso genérico resuelto.²⁴ Toda vez que, tales criterios se utilizan pensando en los efectos que la decisión acarreará para los sujetos de derecho, de manera que éstos consideren la decisión como un precio implícito en sus decisiones de actuación futura.²⁵ Se trata de una forma de guía respecto del actuar de los sujetos, sin necesidad de recurrir a un sistema de precedentes. La lógica es que al pensar en las consecuencias de la decisión y en sus efectos para casos futuros, las personas adecúen su actuación a dicho mandato. En otras palabras, se trata de generar una mayor certeza jurídica, asumiendo un costo en las consideraciones del caso concreto. Dicho costo termina siendo suficientemente compensado ya que la visión del caso concreto en sus particularidades y sin regla de precedente, terminarán generando un caos decisional que escasamente sirve como externalidad pública positiva.²⁶

ción de costos y beneficios, a fin de asegurar que las regulaciones estén actualizadas, se justifiquen en costos, sean rentables y consistentes, y cumplan con los objetivos de política pública planteados». Documento disponible: [<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>], última visita: 8 de noviembre de 2015.

23. SEN, Amartya. *La idea de la Justicia*. Editorial Taurus, México, 2010, p. 248.

24. En términos de Bulygin un caso genérico corresponde a: «(...) una propiedad o conjunto de propiedades que pueden ejemplificarse en un número indefinido de casos individuales» BULYGIN, Eugenio. *Creación y aplicación del Derecho*. En: ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO, RODRÍGUEZ y RUIZ MANERO. *Lagunas en el Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2005, p.32.

25. En este sentido: CARRASCO DELGADO, Nicolás y NUÑEZ OJEDA, Raúl. Ob. Cit. (2015), p.607, donde se expresa que: «Como podemos apreciar, la obtención de un óptimo de oferta, vinculado al requisito que el sistema de administración de justicia esté en condiciones de otorgar un efecto disuasivo general, produciendo externalidades públicas positivas, que justifiquen el gasto estatal por medio de recursos provenientes de rentas generales, solamente es posible de ser alcanzado, a través de un sistema jurisdiccional que considere la labor judicial de manera consecuencialista, mirando hacia el futuro, preocupándose de la generación de incentivos a los sujetos, y aplicando criterios de eficiencia en la resolución de los casos».

26. Ver: (i) CORREA, Jorge, PEÑA, Carlos y VARGAS, Juan Enrique. ¿Es la justicia un bien público? *Revista Perspectivas*. Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, vol. 3, N° 2, 2000, pp. 389-409, y (ii) VARGAS, Juan Enrique, PEÑA, Carlos y CORREA, Jorge. El rol del Estado y el Mercado en la Justicia. *Cuadernos de Análisis Jurídico*. Serie Seminarios, Universidad Diego Portales, Vol. 42, 2001, pp. 1-29.

Ahora bien, la pregunta que surge es: ¿Por qué deberíamos asignar valor a la eficiencia en una sociedad post crisis en relación a la labor del legislador y del juez?

Dicha interrogante emerge fundamentalmente por la crítica que se ha formulado a los criterios de eficiencia como parámetros de decisión social. En resumen, se sostiene que la eficiencia no es un componente de valor que pueda justificarse por sí misma, sino que requiere una base moral independiente. Dicha crítica ha sido tratada fundamentalmente por Dworkin²⁷ y Coleman²⁸ frente a los reclamos normativos fuertes de eficiencia de Posner.²⁹ La posición que sostiene en este texto constituye una visión intermedia de la eficiencia que sigue fundamentalmente los postulados de Calabresi,³⁰ para quien una mezcla adecuada de eficiencia y distribución constituye un buen instrumento para alcanzar consideraciones de justicia, lo que permitiría justificar consideraciones de eficiencia de carácter normativas.³¹

Pues bien, para responder afirmativamente la pregunta anterior, requerimos otorgar a la eficiencia algún contenido de valor y a efectos de cumplir con las exigencias de extensión de este trabajo, trataré de graficar ese contenido de valor, por medio de una posición crítica a aquella sostenida por Liborio Hierro en su libro «Justicia, Igualdad y Eficiencia».³²

En tal trabajo Liborio Hierro expresa una tesis que denomina «El ámbito de la igualdad y la hipótesis del mínimo». En términos sencillos dicha tesis supone la necesidad de establecer un mínimo social consistente en un «índice de capacidades, necesidades básicas (o derechos fundamentales) cuya igual satisfacción, incluso al precio de la eficiencia, es condición de una sociedad justa y que, una vez satisfechos, permiten cualquier ulterior desigualdad de recursos, renta o bienestar que se obtenga sin vulnerar las reglas del procedimiento justo».³³ Para alcanzar ese mínimo, el rol preponderante lo juega la distribución igualitaria de recursos antes que la eficiencia productiva, así Liborio Hierro explícitamente señala que antes de ese mínimo se justifica una producción en «un nivel paretiana-

27. DWORKIN, Ronald. Ob. Cit. (1998), pp. 264-265.

28. Sobre Coleman y su crítica a la eficiencia como criterio de decisión social, ver: (i) COLEMAN, Jules. Ob. Cit. (2004), p.18; (ii) COLEMAN, Jules. «Efficiency, Exchange, (...)» (1980), pp. 221-249; (iii) COLEMAN, Jules. Efficiency, Utility, (...) (1980), pp. 530-542.

29. POSNER, Richard. Ob. Cit. (1998), pp. 232-234.

30. CALABRESI, Guido. Ob. Cit. (1990-1991), pp. 1222-1225.

31. HIERRO, Liborio. Ob. Cit., p. 52.

32. Ver nota N ° 3 (iv).

33. HIERRO, Liborio. Ob. Cit., pp. 96-97.

mente subóptimo». ³⁴ En ese contexto, una vez establecido el mínimo («satisfecha la justicia»), «la racionalidad económica estricta —tal como la conciben los economistas— sería el único parámetro de decisión social». ³⁵

Con todo, Liborio Hierro reconoce que la hipótesis del mínimo puede variar por una expansión de necesidades, precisamente porque éstas son una función de las posibilidades de satisfacción en un contexto dado y ese contexto puede modificarse, ³⁶ generando un aumento en las necesidades cuya satisfacción una sociedad consideraría justas. En ese caso el mínimo anterior resulta sobrepasado. Para enfrentar dicha situación Liborio Hierro establece un criterio de óptimo cíclico (igualdad-eficiencia-igualdad-eficiencia). Sin embargo, es allí donde la tesis falla. Lo anterior, porque Liborio Hierro señala que la forma de restablecer la nueva hipótesis del mínimo pasa por dar primacía a la igualdad exigiendo «movimientos redistributivos». ³⁷

Sin embargo, no deja de ser una ilusión que movimientos puramente redistributivos puedan generar un aumento de riqueza social que logre alcanzar el nuevo mínimo. La potencialidad para alcanzar dicho aumento de riqueza corresponde ser atribuida a la eficiencia productiva ³⁸ y no a un factor de justicia. En efecto, la intuición nos señala que el restablecimiento de tal óptimo cíclico requiere precisamente de criterios de eficiencia antes que instrumento de justicia, y no al revés como se desprende del texto de Hierro. Lo anterior nos lleva a constatar una paradoja en Dworkin —a quien Hierro sigue de manera preponderante en su texto—, ³⁹ porque si bien ha negado que la riqueza sea un componente de valor o un instrumento para alcanzar un objetivo moral independiente, ⁴⁰ no está en posición de afirmar explícitamente que dentro de los intereses de la mayoría de las personas no se encuentre tener más riqueza con un esquema de asignación justo. ⁴¹ Es esa misma mayor riqueza, la que permite restablecer el mínimo referido.

Lo relevante, por tanto, es que más allá de la preponderancia de la eficiencia antes o después de alcanzar el mínimo, debemos reconocer que sí posee un

34. HIERRO, Liborio. Ob. Cit., p. 97.

35. HIERRO, Liborio. Ob. Cit., p. 98.

36. HIERRO, Liborio. Ob. Cit., p. 100.

37. HIERRO, Liborio. Ob. Cit., p. 101.

38. KORNHAUSER, Lewis. Ob. Cit., p. 592.

39. HIERRO, Liborio. Ob. Cit., pp. 11 y 92.

40. DWORKIN, Ronald. Ob. Cit. (1998), pp. 264-265.

41. DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*. Paidós, Barcelona, 1993, p. 175. También resulta relevante el análisis que al respecto hace Liborio Hierro, ver: HIERRO, Liborio. Ob. Cit., p. 82.

valor en la determinación de las decisiones sociales, ya que algún rol juega en la determinación del mínimo de satisfacción que de acuerdo a nuestras intuiciones morales consideraríamos justo. De allí que en una sociedad post-crisis no podemos soslayar la relevancia de la eficiencia con miras a mantener ese mínimo moral aceptable que surge en dicha sociedad.

Habiendo despejado lo anterior, podemos sostener que la eficiencia posee algún valor de aplicación en ámbitos de decisión social. En este texto, nos interesan dos en particular, el correspondiente al legislador procesal y el que compete al juez. En las dos secciones siguientes se desarrollará la conceptualización de eficiencia aplicable a cada uno de dichos destinatarios.

IV. Conceptualización de la eficiencia en su aplicación legislativa: la búsqueda de un objetivo de óptimo de costos y el debido proceso como primer umbral distributivo de aplicación de los criterios de eficiencia

De acuerdo a la literatura especializada los objetivos del análisis económico del derecho procesal corresponden a la obtención de un óptimo de dos clases de costes: Costos del sistema judicial, y costos del error judicial.⁴² Desde dicha perspectiva, una solución eficiente sería aquella que pondere ambos costos para alcanzar un óptimo.

La búsqueda de dicho equilibrio de eficiencia parte de la premisa que ambos objetivos, intuitivamente, son contradictorios. En efecto, la búsqueda de una decisión sin error en el marco de un proceso jurisdiccional regido por la incertidumbre pasa por aumentar los mecanismos de corrección, lo que a su vez, significa un incremento de los costos del sistema.

Por otro lado, las exigencias del debido proceso legal, constituyen resguardos que no pueden ser soslayados⁴³ y que indudablemente imponen trámites, dili-

42. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica, México, DF, 1998, pp. 530-532; y POSNER, Richard. El Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica, México, DF, 1992, pp. 549-551.

43. En este sentido Cooter y Ulen, cuando señalan: «Las reglas procesales imponen así ciertas restricciones a la toma de decisiones por parte del tribunal que no serían respetadas por los apostadores profesionales. Las restricciones son casi siempre más estrictas en los países del derecho común cuando los juzgados conocen de casos, que en los países del derecho civil no tienen jurados. En general, un tribunal no falla según que el demandado haya hecho lo que se asevera en la reclamación. Más bien, el tribunal decide si los hechos admitidos por las reglas de procedimiento legal apoyan la reclamación» «Las reglas del procedimiento a veces contradicen a las reglas económicas de la toma de decisiones en incertidumbre, pero existen amplias áreas de acuerdo. Por ejemplo, puede argüirse que si las reglas procesales imponen restricciones a los tribunales, den-

gencias, o etapas procesales de carácter formal que acrecientan la inversión en justicia. En este mismo sentido, el proceso es visualizado como mecanismo de adjudicación razonada en virtud de un discurso de adecuación,⁴⁴ por lo que, la respuesta judicial va asociada a la idea de legitimidad del procedimiento,⁴⁵ lo que comparativamente resulta más caro que un proceso entendido como simple mecanismo de resolución de conflictos.

Por lo mismo, podríamos pensar que los objetivos del análisis económico del derecho Procesal, resultan ajenos y opuestos a las exigencias de debido proceso. Sin embargo, ello no es así. En este sentido, Richard Posner, implícitamente analiza este problema y consagra una fórmula tendiente a determinar cuando se niega el debido proceso a un ciudadano que exige acceso a la justicia, señalando en tal sentido que:

«En los términos de la fórmula de Hand,⁴⁶ se niega el proceso debido cuando $B < PL$ donde B es el costo de la salvaguarda procesal, P es la probabilidad de error si se niega la salvaguarda, y L es la magnitud de la pérdida si se materializa el error».⁴⁷

Aplicando dicha fórmula a la materia aquí tratada, se llega a la conclusión de que se respeta el debido proceso en materia de acceso a la justicia, si es el

tro de estas fronteras razonan los jurados y los jueces como personas que toman decisiones económicas racionales. Las reglas procesales prescriben un marco cuya justificación no es necesariamente económica, pero dentro de ese marco puede operar la lógica económica» COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ob. Cit., p. 483. Para un mayor análisis de esta materia, ver: NOGUEIRA, Humberto. El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano. Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, pp. 42-56.

44. En este sentido, es importante, dejar en claro lo que entendemos como discurso de adecuación. Para ello, recurriremos a la exposición que al efecto, realiza, el profesor Raúl Núñez: «Para nosotros la diferencia se construye a partir de la diferencia entre discurso de fundamentación (o justificación) y discurso de adecuación o de aplicación, como formas discursivas complementarias. El primero tiene por objeto justificar la validez o corrección de una norma, justificación que viene dada por el principio de universalidad. Aún cuando atendido al discurso de justificación o justificación una norma sea válida ello no significa que esa norma deba ser automáticamente aplicada al caso concreto. Es aquí donde entra en juego el discurso de adecuación o aplicación: Este discurso se refiere a la corrección de la decisión jurídica, en la cual hay que establecer si la norma *prima facie* aplicable es adecuada a una situación determinada, para lo que es necesario tener en cuenta todos los datos que caracterizan a esa situación, es decir, la situación de aplicación. La diferencia entre discurso de fundamentación y discurso de aplicación de las normas jurídicas, reside en que el primero es un discurso práctico sobre la validez de las normas independientemente de la situación individual en la que serán aplicadas; mientras que el discurso de aplicación está centrado en la adecuación de las normas a las circunstancias relevantes del caso concreto (aspectos o circunstancias del hecho). Por lo tanto, fundamentación y aplicación, son dos formas discursivas complementarias, la primera es labor del Poder Legislativo, y la segunda es propiamente el discurso del órgano jurisdiccional» NUÑEZ Ojeda, Raúl. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo. Revista *Ius et Praxis*. 14, 2008, pp. 101-102,

45. Ver: TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Trotta, 2002, pp. 425.

46. La famosa fórmula Hand, fue creada por el juez federal norteamericano don Learned Hand, a raíz de su participación en el caso Estados Unidos contra Carroll Towing Co. (United States v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947)

47. POSNER, Richard. Ob. Cit. (1992), p. 520.

caso que un Tribunal se niega a dar una audiencia a un sujeto (derecho a ser oído) en el evento que el costo del respeto de la garantía sea mayor que la probabilidad del error si se niega la salvaguarda, multiplicado por la entidad de la pérdida si se materializa el error. Si se produce el caso contrario, entonces, debe concederse al ciudadano el derecho a ser oído por el órgano jurisdiccional.⁴⁸

A partir del examen de la fórmula mencionada, que materializa las exigencias y propósitos del análisis económico del derecho procesal, podemos concluir que en su formulación se ponderan debidamente los intereses involucrados en el resguardo del debido proceso, así como, los criterios tendientes a la obtención del óptimo de costos relevante para el Derecho Procesal. De esta forma, la contradicción intuitiva antes indicada, no sería tal, ya que tales costes son ponderados en atención a consideraciones de debido proceso.

Al establecer que las exigencias de debido proceso no deben ser soslayadas se introduce un factor distributivo en la aplicación del criterio de eficiencia del Derecho Procesal en su faz legislativa. Dicho factor de debido proceso constituye el primer umbral de aplicación de los criterios de eficiencia. Lo anterior se traduce que en la práctica no resultaría aceptable, en términos de eficiencia, que el legislador con miras a alcanzar el óptimo de costes señalado restringiera o limitara reglas de debido proceso.

V. El análisis económico del derecho como herramienta metodológica aplicable al proceso en su faz de decisión judicial: la aplicación del criterio Kaldor-Hicks en el proceso civil y la configuración del segundo umbral distributivo de aplicación de los criterios de eficiencia

Corresponde que ahora analicemos la procedencia de los criterios de eficiencia en la faz de decisión judicial. Para ello analizaremos el principal criterio de eficiencia (Kaldor-Hicks) y pretenderemos dar una respuesta a la principal crítica

48. En base a tal análisis, Richard Posner, concluye que el propietario de un automóvil abandonado debe ser notificado y recibir una oportunidad de audiencia ante el tribunal respectivo antes de que el automóvil sea retirado por una grúa y vendido como chatarra, más no, si estamos frente a un propietario de un automóvil mal estacionado, precisamente porque en el primer caso es probable que el automóvil no estuviere abandonado, sino que descompuesto o robado, y como no se conoce dicha situación, el costo de la audiencia es moderado en relación con el valor del automóvil, y con la probabilidad alta de error en cuanto a decidir si existe o no abandono del vehículo. Lo que no ocurrirá con el caso del automóvil mal estacionado, ya que es fácil la constatación de dicha situación, disminuyéndose las probabilidades del error, existiendo en este caso, un alto costo asociado a la realización de una audiencia, toda vez que, la argumentación del propietario no pasará de justificaciones vanas que no podrán desvirtuar la infracción.

a su formulación (paradoja de Scitovsky). Asimismo, redefiniremos dicho criterio, estableciendo un umbral distributivo en su aplicación.

En este sentido, planteada la crítica al criterio Kaldor-Hicks en razón de la paradoja de Scitovsky, es que muchos autores han entendido que tal criterio de eficiencia pierde toda validez como parámetro que pueda autorizar o fundar la aplicación del análisis económico del derecho normativo.⁴⁹

Sin embargo, trataré de mostrar las razones por las cuales la mencionada paradoja no afecta la aplicación del criterio Kaldor-Hicks al proceso civil como parámetro al cual recurrir al momento de promover que las instituciones procesales conduzcan a la eficiencia en el marco de una decisión consecuencialista (análisis económico del derecho normativo).

Para ello, debemos comenzar afirmando que el proceso judicial se constituye como un ámbito de decisión particular⁵⁰ donde confluye la necesidad de decisión (sujeto a criterios de justicia o eficiencia).⁵¹

Sin embargo, y habiendo aceptado que podemos recurrir a la eficiencia para resolver un caso determinado, es necesario previamente despejar el estándar de prueba exigido en el proceso civil, con la finalidad de resolver la cantidad probatoria que resulta necesaria para poder decidir un asunto sometido a dicho procedimiento. Ello nos ayudará, posteriormente, a despejar si el criterio Kaldor-Hicks exige para su aplicación un cúmulo relevante o no de información, ya que de ocurrir esto último, entonces, resultaría complejo que un juez pueda valorar los distintos extremos que supone la paradoja, perdiendo sentido la validez de dicha crítica.

Pues bien, en base a lo anterior, debemos señalar que el proceso civil exige un estándar de prueba menos exigente que aquél aplicable al proceso penal.⁵² En efecto, el estándar de prueba que se exige en el proceso civil corresponde al de preponderancia de prueba, en contraste con lo que sucede en el proceso penal donde la prueba del acusador debe superar el nivel de convicción más allá de toda duda razonable. En el proceso civil, por tanto, bastaría al demandante

49. Ver: COLEMAN, Jules. Ob. Cit. (2004), p. 23, y COLEMAN, Jules. *Efficiency, Utility (...)*, (1980), pp. 525-526.

50. Ver: TARUFFO, Michele. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. En: *La prueba, artículos y conferencias*. Editorial Universitaria, Santiago, 2007, pp. 51-59.

51. KAPLOW, Louis, y SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Harvard University Press, 2006, pp. 576.

52. . Al respecto ver: (i) LARROUCAU, Jorge. Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 39, N ° 3, 2012, pp. 783-808; (ii) TAVOLARI, Raúl. Valoración sobre la prueba en el proceso (Viejos y nuevos temas probatorios). *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo. XCV, 1999, pp. 37-59.

acreditar su pretensión apoyado en evidencia que supere la prueba aportada por el demandado.

Como consecuencia de lo anterior, es que debemos descartar como finalidad del proceso civil, la búsqueda de la verdad. En este sentido, son dominantes las posiciones dogmáticas que niegan tanto la posibilidad como la necesidad de la obtención de una verdad material en el proceso civil⁵³ —controvirtiéndose, incluso, la diferencia entre verdad formal y material y lo inaceptable que resulta este último concepto—. ⁵⁴ Asimismo, se discute la necesidad que las reglas particulares emitidas por un tribunal que justifiquen la conclusión de un argumento —al momento de dictar sentencia—, requieran la corrección o correlación del enunciado fáctico con la verdad.⁵⁵

De ello se sigue que es posible una decisión jurisdiccional que acoja una acción en definitiva, sin que en algunos casos sea necesaria prueba alguna a favor del demandante, todo ello, por aplicación de las reglas mencionadas. Un resultado como el anterior, ratifica la negación de la finalidad de obtención de verdad material en el proceso civil, toda vez que, si es posible —aun en circunstancias excepcionales— un resultado favorable al demandante sin evidencia que soporte su pretensión, entonces la prueba no cumple función alguna de replicar un escenario fáctico pasado en el proceso.

Dicho escenario se construye en base a las siguientes consideraciones, cuya elaboración considera el estado actual del proceso civil chileno:

(i) La búsqueda de la verdad absoluta no constituye en el contexto de un procedimiento cognoscitivo como es el proceso, sino un valor-límite teórico de la verdad de la descripción, lo que es aceptado por las teorías de la verdad como correspondencia (Tarski);⁵⁶

(ii) A consecuencia de lo anterior, la decisión jurisdiccional debe olvidar la pretensión de alcanzar una verdad absoluta respecto de los hechos en el momento del acto de adjudicación (dictación de sentencia definitiva). Pues bien, si consideramos que el juez puede decidir en base a criterios de eficiencia, entonces en dicho momento deberá aplicar el criterio Kaldor-Hicks para resolver el asunto controvertido;

53. En este sentido, ver las razones acerca de la inexistencia de la verdad y la imposibilidad del acceso a la misma en: TARUFFO, Michele. Ob. Cit. (2002), pp. 27-57.

54. TARUFFO, Michele. Ob. Cit. (2002), pp. 24-25.

55. SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo. Justificación sin verdad. *Analisi e diritto* 2011, a cura di P. Comanducci e R. Guastini. 2011, pp. 285-294.

56. TARKSI, Alfred. The semantic conception of truth and the foundations of semantics. *Philosophy and Phenomenological Research*. Vol. 4, N ° 3, 1944, pp. 341-376.

(iii) El juez debe correlacionar el presupuesto de predominancia de prueba con la plausibilidad de la pretensión y defensas de las partes, y no con la plausibilidad de la efectividad de dichas pretensiones y defensas en relación a algún concepto de verdad absoluta;

(iv) Ahora bien, en un sistema civil de preponderancia de prueba, obtiene un resultado favorable quien acredita relativamente mejor sus formulaciones argumentativas que fundamentan la pretensión respectiva. En consecuencia, la no prueba de un hecho alegado por el demandante y del cual dependa la existencia de una determinada pretensión no significa la falsedad del hecho en cuestión, sino que solamente trae como consecuencia que no se habrá probado la confirmación de la verdad de la hipótesis en que se fundó la pretensión, de manera que la acción será desestimada;

(v) Ello nos permite avanzar, en la idea que lo que se encuentra afecto a acreditación en el marco del proceso, es la verdad de las hipótesis en que se sustentan las pretensiones y defensas de las partes, en los términos y contextos formulados, las que serán acreditadas de acuerdo a las cargas que determinen las reglas del *onus probandi*;

(vi) Con todo, el cumplimiento o no de los requerimientos de conducta que se exijan para acreditar dichas hipótesis determinará la necesidad de dar probada o no la verdad de las mismas. Por ejemplo, si respecto de la prueba de un determinado suceso fáctico el demandante acompaña un documento del cual se infiere directamente la existencia del hecho en cuestión, el mismo resultará probado, pudiendo afirmarse la verdad de la hipótesis de la pretensión del actor. Por el contrario, si el demandado ha alegado hechos extintivos al fundamento del demandante —reconoce la existencia de los hechos que fundan la demanda, pero alega su extinción—, y no los acredita —insatisfacción de su hipótesis de defensa —, se tendrá por probado el hecho que funda la acción —aun cuando el actor no acompañe el antecedente que funda su hipótesis activa—, todo ello, por incumplimiento de la carga de prueba del demandado;

(vii) De esta manera, el actor no siempre requerirá una prueba equivalente o superior al 50% de la verdad de la hipótesis de la pretensión respectiva, ya que, en ciertos casos, dependiendo de las alegaciones del demandado, no será necesario exigirle ninguna prueba de preponderancia en la medida que el demandado tampoco haya aportado ningún medio que demuestre la plausibilidad de la verdad de la hipótesis de defensa que sea impositiva o extintiva de la hipótesis activa. Lo contrario, podría suponer exigencias de pruebas imposibles para el actor (carga de probar el hecho negativos que desacredita la existencia de la hipótesis de defensa alegada por el demandado).

Las consideraciones precedentes determinan que el proceso civil se configura como un escenario de elección social donde quien adjudica acepta un sustrato de información imperfecta, entendido este último concepto, como un conjunto precario de antecedentes que permiten al juez legitimar su decisión.

Aún más, el juez se enfrenta a la obligación y deber de resolver en definitiva el asunto, incluso considerando todas dichas restricciones de información, en

razón de la regla de inexcusabilidad, que se traduce en el deber de fallar aunque no exista disposición legal que sirva para decidir el asunto.⁵⁷ Adicionalmente a ello, el proceso se configura como un contexto de decisión social con una serie de limitantes a la búsqueda de la verdad, ya sea, por razones de debido proceso, inadecuada regulación legislativa, o bien, actuación estratégica de las partes.

De esta forma, estamos en presencia de un escenario de decisión social que claramente supone un contexto de resolución de cuestiones sociales con menores posibilidades de tiempo e inversión de recursos que aquél que posee, por ejemplo, un diseñador de políticas públicas, quien antes de la ejecución, o incluso, de la proposición de tales políticas, normalmente deberá llevar a cabo una serie de estudios técnicos de factibilidad, presupuestarios, y otros,⁵⁸ que entregarán un cúmulo de información a fin de evaluar si el paso desde un actual estado social (Z), se optimiza o mejora, con la adopción de los factores que permiten un nuevo estado social (X), versus, el resultado esperable de la implementación de un nuevo estado social alternativo (X´).

Resulta, por tanto, razonable pensar que el movimiento desde un estado social (Z) a un estado social (X), a propósito de las diversas opciones —por ejemplo, (X´)—, que dispone quien elabora políticas públicas, ocurrirá cuando (X) genere un mejor cumplimiento de los estándares de eficiencia —siempre que dicha consideración económica motive la toma de decisión en cuestión—, que aquello que es esperable que suceda en el contexto de una decisión judicial —cuando también sea la eficiencia la que justifique la resolución del juez—, en atención a las limitantes de información del proceso.

Por tanto, se debe aceptar la incapacidad del proceso judicial para obtener el mejor estado social posible dentro de las alternativas de que dispone un juez. Ello es así, porque reconocemos que el juez no se encuentra siquiera en mínimas condiciones de alcanzar —como hemos visto— lo que algunos denominan verdad material, sino que por el contrario, se admite un fallo basado en una precaria información imperfecta.

57. En el derecho Chileno la inexcusabilidad se encuentra consagrada con rango constitucional en el artículo 76 inciso 2 de la Constitución Política de la República, así como también en el artículo 10 inciso 2 del Código Orgánico de Tribunales. Esta última norma dispone: «Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión».

La referencia final del precepto mencionado, en orden a que la falta de ley no autoriza para excusarse, debe entenderse hecha a la posibilidad que tienen los tribunales civiles de resolver recurriendo a la equidad y a los principios generales del derecho, de acuerdo al artículo 170 número 5 del Código de Procedimiento Civil Chileno.

58. VISCUSI, K., VERNON, J. M, y HARRINGTON, J.E. The economics of regulation and antitrust. The MIT Press, 2000, pp. 13-52.

Por lo mismo, sobre la base de considerar la información imperfecta que dispone el juez para resolver un asunto —motivado por la imposibilidad de alcanzar una verdad material—, es que el juez nunca podrá valorar los extremos de intransitividad y falta al criterio de cardinalidad que impone la paradoja de Scitovsky como crítica de validez al criterio Kaldor-Hicks.⁵⁹

Así, el juez en el contexto de decisión social en el que se encuentra no posee las herramientas cognoscitivas ni técnicas para saber si al momento de aplicar el criterio Kaldor-Hicks, se produce la intransitividad que significa dicha paradoja. En este sentido, el juez nunca podrá conocer si las dos alternativas de decisión social que se encuentran sujetas a su adjudicación (X/Z), son al mismo tiempo igualmente eficientes, para las dos partes en disputa (A/B), en relación a tales estados sociales ($A = X > Z \wedge B = Z > X$).

Incluso más, ello es así porque para Scitovsky los principios que deberían regir para evitar la paradoja suponen juegos repetitivos, que buscan impedir la formulación de proposiciones de bienestar social que no satisfagan los dos principios que tal autor exige al efecto. El primer principio, supone que la nueva decisión social genere, a lo menos, el mismo estado social inicial —por lo tanto, no habrá oposición a que tal nuevo estado social se produzca— (similar al criterio de Kaldor, pero con compensación real). El segundo principio, supone que de no ser posible lo anterior, entonces, se deberá buscar la posición superior en el nuevo estado social⁶⁰ (similar al criterio de Hicks, en cuanto dicha

59. La intransitividad se demuestra con el siguiente ejemplo: Si efectuamos un juego en donde se distribuyen 8 porciones totales de dos bienes (manzanas: «m» y peras: «p»), entre dos personas (A y B), y ordenamos en cuatro puestos la satisfacción que genera la posesión de determinadas proporciones de dichos bienes para ambas personas, tendríamos lo siguiente: Máxima satisfacción (1º puesto); Segunda máxima satisfacción (2º puesto); Tercera máxima satisfacción (3º puesto); Nula satisfacción (4º puesto).

Para la persona A los ordenes de satisfacción serían: 1º 2 manzanas/2 peras; 2º 6 manzanas/0 peras; 3º 4 manzanas/0 peras; 4º 2 manzanas/0 peras;

Para la persona B los ordenes de satisfacción serían: 1º 2 manzanas/2 peras; 2º 0 manzanas/6 peras; 3º 0 manzanas/4 peras; 4º 0 manzanas/2 peras.

En la situación X: A tiene 2 manzanas/0 peras, y B tiene 0 manzanas/2 peras. En la situación Y: A tiene 2 manzanas/0 peras, y B tiene 0 manzanas/seis peras.

Pues bien, ambas situaciones sociales son eficientes simultáneamente según Kaldor-Hicks, por lo siguiente, a saber: (a) La situación X es eficiente según Kaldor Hicks, a la situación Y, porque, si A mejora su posición desde una posición de nula satisfacción a una de segunda máxima satisfacción, podría incluso, renunciar a dos unidades de manzanas, y con ella, B, mejoraría su posición a una situación de máxima satisfacción (2 manzanas y 2 peras), y A, seguiría estando mejor que en Y, al encontrarse, incluso con dicha renuncia, en una situación de tercera máxima satisfacción (superior a la nula satisfacción que tenía en la situación social Y), y (b) Por su parte, también Y es eficiente según Kaldor-Hicks, a la situación X, porque, B en la situación Y se encuentra en una situación de segunda máxima satisfacción frente a una nula satisfacción que logra en la situación social X. Ahora bien, si renuncia, a dos unidades de peras en beneficio de A, de todas maneras, existe eficiencia Kaldor-Hicks, de la situación social Y a la X, porque A llegaría a estado de máxima satisfacción, frente a la segunda máxima satisfacción que logra en X, y B, por su parte, incluso con la renuncia, logra una tercera mayor satisfacción, superior al nulo provecho que obtiene en la situación X.

60. SCITOVSKY, Tibor. Ob. Cit., pp. 86-87.

posición superior sería el estado social luego del pago de los perdedores a los ganadores).

De dicha forma, dichos juegos repetitivos surgen cuando Scitovsky exige que una decisión social deba ser adoptada analizando siempre y en todos los casos los dos principios anteriores.⁶¹ Por el contrario, para Kaldor, bastaría examinar simplemente el primero de dichos principios, ya que de cumplirse con ello, la distribución que iguala el estado social inicial, constituiría un símil de la compensación real de los ganadores a los perdedores, aun cuando dicha compensación no fuera exigible.

Pues bien, para Scitovsky si el primer principio es posible, y no el segundo, entonces, la nueva situación social será mejor; si el primer principio es imposible, y el segundo principio es posible, entonces, la nueva situación social será peor; y si tanto, el primer como la segundo principio son posibles, o bien, imposibles, entonces quien deba decidir —en este caso, el juez—, deberá abstenerse de efectuar una proposición de bienestar social, porque de otra forma, no podrá valorar cuál de tales estados sociales es mejor que el otro, pudiendo incurrir en la paradoja.⁶² Lo anterior se muestra en la Tabla N ° 1, acerca de la (im) posibilidad de los principios de Scitovsky:

Tabla n° 1: POSIBILIDAD/IMPOSIBILIDAD DE PRIMER Y SEGUNDO PRINCIPIO DE SCITOVSKY

		Primer Principio	
		<i>Posible</i>	<i>Imposible</i>
Segundo Principio	<i>Posible</i>	Paradoja/deber de abstención	Nuevo estado social es peor que existente/Hicks
	<i>Imposible</i>	Nuevo estado social superior a existente/Kaldor con compensación real	Peor estado social posible/deber de abstención

Dichos juegos repetitivos no son posibles de replicar en el contexto de una decisión judicial, toda vez que, el juzgador enfrentado a dos posibles estados sociales que emanen de su decisión (por ejemplo, estado social X si acoge posición de A, o bien, estado social Z si acoge posición de B), no puede abstenerse de resolver por uno de ellos, en base a que tanto X como Y resultan eficientes al mismo tiempo —esto es, cuando ello no se conoce por ser posible tanto el primer como el segundo principio.⁶³

61. SCITOVSKY, Tibor. Ob. Cit., pp. 86-87.

62. SCITOVSKY, Tibor. Ob. Cit., p. 88.

63. No se incorpora el supuesto de imposibilidad de ambos principios, ya que en ningún caso se podrá considerar que dicho escenario constituye una mejora social a la existente. De esta forma, solamente cuando los dos principios que propone Scitovsky son posibles, puede configurarse el problema de la paradoja.

En otras palabras, la aplicación de la posible paradoja en el contexto de la decisión jurisdiccional, deviene en inabordable, por el cúmulo de información requerida para poder afirmar su existencia. Y como consecuencia, la principal crítica al criterio Kaldor-Hicks, queda desestimada en el contexto del Derecho Procesal como contexto especial de decisión social, donde tiene aplicación el Análisis Económico del Derecho normativo.

Nos resta simplemente referir la reformulación del criterio Kaldor Hicks en atención al segundo umbral distributivo de aplicación. El mismo se fundamenta en la observación realizada por Schäfer y Ott,⁶⁴ quienes señalan que el criterio mencionado se encuentra limitado en casos en donde resulta probable que un hipotético importe ofrecido a favor del ganador no represente un indicador para modificaciones individuales de utilidad —por ejemplo, cuando los ganadores son siempre los mismos y sus ganancias son muchas en términos de aumentos de riqueza.

La labor de la adjudicación en los casos en que se encuentre involucrado este segundo umbral de aplicación, se traduce en que los jueces deberán interpretar las reglas con un criterio *pro perdedores*, y rechazar la pretensión o defensa que favorezca al ganador, a fin de hacer efectiva la regulación de carácter distributiva. Para afrontar lo mismo, se debe dispensar la aplicación del criterio Kaldor-Hicks, donde se haga palpable la gravedad de no poder hacer la comparación interpersonal de utilidades,⁶⁵ que se encuentran detrás de dicha diferencia entre el importe ofrecido y las modificaciones individuales de utilidad.

Con ello, se configura un segundo umbral de aplicación de la eficiencia —ahora en sede de decisión judicial—, cuya justificación viene dada por lo señalado por Calabresi, en cuanto a la necesidad de un equilibrio adecuado entre eficiencia y distribución, como instrumento para alcanzar Justicia.⁶⁶ Tal equilibrio resulta deseable en el contexto de una sociedad post-crisis, que valore los costos y desee enfrentar debidamente las exigencias que impone el Derecho Procesal.

64. SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Ob. Cit., pp. 52-54.

65. Será materia de regulación legal la cuestión acerca de las reglas de carga probatoria y valoración de prueba que complementen dicho umbral.

66. CALABESI, Guido. An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin. Faculty Scholarship Paper, 1994, pp. 599-560.

VI. Conclusiones

De lo expuesto en este trabajo se pueden desprender las siguientes conclusiones:

1. El análisis económico del derecho adquiere contenido con los diversos criterios de eficiencia que se han planteado. Tales criterios (Coase, Pareto, Kaldor-Hicks y Posner) pretenden solucionar, entre otras cosas, las indeterminaciones conceptuales de la noción de justicia y equidad. En este sentido, más allá de las apreciaciones críticas que podemos realizar respecto de cada uno de ellos, cabe destacar su adecuada delimitación conceptual.
2. El análisis económico del derecho persigue dos objetivos, tanto describir y explicar las instituciones jurídicas de acuerdo a consideraciones económicas (análisis económico del derecho positivo), como perseguir la reforma legal y la adopción de decisiones judiciales motivadas por la eficiencia (análisis económico del derecho normativo). En ambas perspectivas posee un valor central el concepto de eficiencia, que puede ser alcanzado, a su vez, en dos de los contextos de decisión social más relevantes en la práctica jurídica y cuyos destinatarios desde una perspectiva institucional corresponden a la legislatura y a la labor de adjudicación.
3. Para el legislador la eficiencia sirve como pauta para una buena regulación al hacerla consciente de la importancia de los costos. Respecto del juez, la eficiencia se transforma en un criterio de decisión judicial de carácter consecuencialista. En ambos casos, generamos externalidades públicas positivas, relativos a la ponderación de beneficios y costos en la regulación, así como claridad normativa y certeza jurídica en la faz de adjudicación.
4. Con todo, la pregunta que surge es por qué la eficiencia tendría que ser considerada por el legislador y el juez. La respuesta vendría dada por el hecho que una sociedad que pretende alcanzar un mínimo moral aceptable, requiere asignar valor a la eficiencia para alcanzar y mantener ese mínimo. Por lo mismo, no es solo una valoración de la eficiencia en sí misma lo que justifica su utilización en ámbitos de decisión social, sino que también, adquiere valor su carácter instrumental con miras a un mínimo moral aceptable en una sociedad post-crisis. Esta idea se asemeja a autores como Calabresi, que se ubican en un punto medio en las posiciones del *law and economics*.
5. Ahora bien, como herramienta para el legislador, la eficiencia pretende la obtención de un óptimo de costos (costos del error en la decisión judicial y costos administrativos). Dicho óptimo debe resguardar las exigencias de debido proceso, en términos tales que esas exigencias constituyen un primer umbral distributivo de aplicación a la eficiencia.
6. Por su parte, como herramienta para el juez, se sostiene la aplicación del factor Kaldor-Hicks como criterio de decisión judicial. En este sentido, se ha tratado de dar las razones por las cuales consideramos que dicho factor subsiste como criterio de decisión a pesar de la formulación de la paradoja

de Scitovsky. Dicha crítica al criterio Kaldor-Hicks no resulta aplicable al proceso, en razón de los principios que rigen la labor de adjudicación, así como, por las limitaciones de acceso a información que el proceso impone al juez. Todo lo anterior, no permite que el juez se encuentre en condiciones de valorar los extremos de la intransitividad que supone esa paradoja. También se reformula el criterio Kaldor-Hicks estableciendo un nuevo umbral de aplicación distributivo en aquellos casos en que sea probable que un hipotético importe ofrecido a favor del ganador no represente un indicador para modificaciones individuales de utilidad.

7. Finalmente, en atención a lo expuesto se pretende concluir no solamente en que resulta posible admitir el análisis económico del derecho en sistemas de derecho continental, sino que también, entender que la eficiencia es un factor que entrega herramientas adecuadas para el legislador y juez en una sociedad post-crisis.