

RAÚL NÚÑEZ OJEDA  
NICOLÁS CARRASCO DELGADO

**DERECHO, PROCESO  
Y ECONOMÍA**

**Una introducción al Análisis  
económico del Derecho procesal civil**

Prólogo de  
Francisco Ramos Méndez



Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

## PRÓLOGO

### PROYECCIONES ECONÓMICAS DE LA ACCIÓN PROCESAL, LA JURISDICCIÓN Y EL PROCESO

*Esta monografía de los profesores Raúl NÚÑEZ OJEDA y Nicolás CARRASCO DELGADO propone una reinterpretación de las piedras miliare de la ciencia procesal desde la perspectiva del Análisis económico del Derecho. El lector apresurado se topará con los rótulos de acción procesal, proceso, jurisdicción y debido proceso e, inevitablemente, tendrá la tentación de despachar la obra con un apresurado déjã vu. Se había corrido la especie de que tales categorías estaban agotadas doctrinalmente y por consiguiente muertas tanto en el escenario científico como en el foro. Craso error de apreciación de quienes seguramente no han tenido ni la curiosidad científica ni la paciencia de recorrer la historia de su enucleación y los trabajos y los días de su consolidación como iconos del discurso procesal. Lo cierto es, sin embargo, que un trabajo monográfico de conjunto sobre el alcance de estas categorías hacía tiempo que no tentaba a la doctrina, enfrascada o entretenida en otras lides aparentemente más novedosas o con más posibilidades de promoción académica y social. Por eso puede sorprender una obra rotulada sin titubeos Derecho, proceso y economía.*

*Obviamente, la obra sintetiza las posiciones doctrinales utilizadas en los avatares de estas categorías clásicas. En este punto, el trabajo tiene la virtud de no repetir lo que ya estaba dicho y de sintetizar la dosis adecuada de las conclusiones o de los puntos de debate a que en cada caso había llegado la doctrina, todo ello apuntalado con las oportunas referencias bibliográficas.*

*El valor añadido de la obra reside, como digo, en incorporar en el estudio de cada categoría la perspectiva del Análisis económico del Derecho. De esta guisa, el marco de la acción procesal da pie a analizar, entre otras cosas, la decisión de un litigante de negociar o acudir a juicio, según sus expectativas de éxito o fracaso, propensión o aversión al riesgo, los incentivos legislativos para*

*una colaboración, e incluso la consideración de eventuales beneficios sociales. De forma similar, el objetivo económico primordial de todo proceso de minimizar costes sirve para depurar parámetros como el coste del error, el coste de litigar y el coste de llegar a un acuerdo. Con mayor detenimiento se estudia el proceso como un juego, de una sola oportunidad (cosa juzgada), cooperativo, con reglas, que tiende a la interiorización de las expectativas de éxito y fracaso de las partes.*

*Sucesivamente, bajo el prisma de la jurisdicción, sus diversas manifestaciones y las funciones atribuidas, se discurre sobre el entendimiento de la administración de justicia como bien público o privado; sobre si cabe incorporar al análisis el ítem de eficiencia como punto de equilibrio entre los costos y beneficios marginales asociados a la corrección de las decisiones judiciales; y sobre las deficiencias de los servicios judiciales tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda.*

*En fin, a la hora de examinar el debido proceso, los autores se posicionan en la perspectiva de las garantías frente a los principios (criterios de organización de la tutela procesal), integrando en el núcleo duro del «debido proceso» las garantías de defensa, publicidad, motivación de las resoluciones, exclusión de dilaciones indebidas, utilización de recursos legalmente previstos e independencia e imparcialidad del juez. Ciertamente es que el desarrollo del Análisis económico no se extiende luego por igual a todas ellas, pero es suficientemente indicativo de las aportaciones que pueden esperarse. Así, por ejemplo, una garantía aparentemente sin mayor recorrido dogmático como el derecho a la utilización de los recursos legalmente previstos da pie a consideraciones sobre costos añadidos de inversión en servicios públicos, pero también de valoración de si la admisibilidad o limitación de revisiones de una decisión judicial o su ubicación cronológica en un determinado momento procesal (antes o después) satisface la garantía del debido proceso. Igual ocurre con el análisis del binomio aportación de parte/iniciativa probatoria de oficio (principios) y su coordinación con la garantía de imparcialidad.*

*Como cabía esperar, hay un rubro destinado a examinar la cuestión de la eficiencia procesal y el debido proceso. El punto de partida es impecable: las exigencias del debido proceso no pueden soslayarse por criterios meramente economicistas. Ello puede obligar a mantener costos e inversiones públicas que exceden del punto de equilibrio económico de la eficiencia, pese a que los beneficios marginales no sean relevantes. Releídas las garantías desde esta óptica, se descubre su respectiva incidencia en la compatibilización de eficiencia y debido proceso y los ajustes que cada una admite al respecto.*

*Lo mismo que en los temas estrictamente jurídicos, los autores manejan con soltura la literatura de cariz económico y no solo la de procedencia anglosajona.*

*Para que haya nacido una obra como la presente han tenido que confluír varios factores. Desde luego la solidez científica de los autores y su perspicacia para descubrir nuevas posibilidades de desarrollo de los iconos del sistema. Pero también la adecuada explotación del acervo doctrinal existente. Hemos tardado un siglo en definir, pulir y asentar las categorías clásicas y en plasmarlas en los códigos. Ha seguido un periodo de latencia, que no abandono, de dichas categorías. En realidad, reposo, sedimentación, fermentación, mientras se hilvanaban*

*y se ponían en valor las garantías procesales. La obra de los profesores Núñez y Carrasco ha tenido la habilidad de detectar el punto de maduración idóneo de la doctrina sobre la materia y ponernos en la pista del nuevo soplo que aporta el análisis económico, aproximar ambos vectores y en este punto innovar.*

*¿Y ahora qué? Permítaseme un excurso, si no reviento.*

*Personalmente tengo la impresión de que los economistas explican muy bien los fenómenos económicos una vez que han ocurrido y tratan de ilustrarnos o convencernos de por qué sucedieron así. Mucho más raras, a juzgar por la experiencia, son las predicciones económicas atinadas de lo que va a ocurrir, de modo que pudieran adoptarse medidas preventivas eficaces.*

*Este esquema de comportamiento tiende a reproducirse en materia procesal, cuando se aplica el análisis económico de forma indiscriminada. Hay mucho estudio teórico sobre oferta/demanda, aversión/propensión al riesgo, posiciones de ventaja, éxito/fracaso, costes, etc. En cambio, hay contados estudios de campo sobre la realidad concreta de cada foro, sea porque faltan datos estadísticos fiables, sea porque es más complejo recolectar datos mínimamente válidos y significativos sobre la realidad procesal. El riesgo es pontificar reduciendo a fórmulas las perspectivas de éxito/fracaso/mayor o menos información/juego.*

*No es ocioso notar que las ecuaciones matemáticas utilizadas son solo comprensibles, a lo sumo, para un mínimo de operadores profesionales avezados (algunos jueces, abogados) y de nula intelección, residuales, para la mayoría de usuarios del sistema (tal vez, se pueden excluir élites atiborradas de asesores áulicos). Están pensadas con una filosofía matemática, impecable, pero se aplican, se desgranán, sobre una realidad (el proceso) que no es casi nada de tal condición. En el proceso, el sustrato económico tiene componentes teóricos identificables e incluso medibles, pero muchas decisiones también responden a impulsos emocionales, irracionales, estratégicos, ocasionales, que tienen poco o nada que ver con los planteamientos puramente matemáticos.*

*También hay un sustrato sociológico y cultural que condiciona un análisis económico estricto: en cada país, en cada estrato social, la cultura del litigio se vive de una forma diferente y está condicionada también por los intermediarios y por la percepción del funcionamiento del sistema (inútil acudir al tribunal, tiempos de espera, imposibilidad ejecución, etc.). Tal vez los postulados del análisis económico tradicional en materia jurídica vienen predeterminados por la experiencia de un país radicalmente capitalista, en el que los costes públicos y privados de la justicia parecen tener un peso descomunal y se convierten en un objetivo inevitable del análisis. Pero en otros países, con un sistema judicial menos eficiente o con problemas de subsistencia a nivel de estándares mínimos de supervivencia, el tipo de litigios que se presentan puede que exigiera una aproximación económica muy distinta.*

*En todo caso, los resultados tanto de un análisis estrictamente jurídico —el orden establecido, las funciones del proceso— como económico —oferta, demanda, riesgo, ventajas, eficiencia— son decepcionantes en términos de consonancia de los resultados obtenidos con los esperados o atribuidos al modelo. Existe un crónico divorcio entre los postulados teóricos de muchos modelos legales con los pírricos resultados que su puesta en práctica ocasiona. Entre*

*nosotros, el ciudadano sigue pensando que la justicia es ineficiente, que tarda una eternidad, que raras veces satisface o que, a lo sumo, lo hace parcialmente. En suma, que difiere de todas las promesas constitucionales que se le han hecho, como el señuelo de muchas promesas electorales al uso.*

*Las observaciones precedentes no son ni mucho menos una crítica a la obra, sino una reivindicación de su valor intrínseco más allá de cualquier lisonja. Si hemos tardado un siglo en que cuajaran categorías puramente jurídicas en la ciencia procesal, aún estamos en los albores del tiempo para que cristalicen en los códigos los criterios económicos y adquieran la relevancia que exigen. Pero ya hay logros. Sin ir más lejos, tenemos la tutela efectiva constitucionalizada. El reto es que ahora el componente netamente económico de la efectividad se realice, se cumpla, sea verdad. Por ello hay que saludar con respeto obras de pensamiento como la presente, que nos ayudan a identificar los campos abonados para la acción política en materia de justicia y los recursos técnicos para implementarla de forma eficiente.*

*Así, por el momento, donde mayormente puede ser útil el análisis económico procesal es en el diseño de políticas judiciales y en la instrumentación de reformas legislativas, pues se asume que el legislador tiene acceso a esos conocimientos, directa o indirectamente, y persigue implantar una administración de justicia eficiente. Revisar, por ejemplo, la organización de los tribunales y sus funciones desde la perspectiva económica es un objetivo plenamente asumible: menos «jurisdicción» —en lo que ya reina más que un acuerdo de mínimos— y más organización eficiente, en términos de número, accesibilidad, disponibilidad, distribución, formación, dotación, pautas de trabajo, previsibilidad, rentabilidad del precedente, cosa juzgada, alcance de los recursos, etc. Como se ve, un latifundio por explotar con criterios jurídico-económicos.*

*En el campo de la regulación del proceso, no cabe esperar contribuciones voluntarias de los litigantes en potencia o en acto. Su vocación al litigio es de libro y no son de esperar conductas facilitadoras sin más. En este caso, el análisis económico nos proporciona criterios para establecer incentivos, disuasiones, equilibrios, en uno u otro sentido, siempre dentro de un marco respetuoso para con las garantías. A partir de aquí, se impone insistir y renovar la pedagogía de las instituciones. Como punta del iceberg: ¡hay que ver lo que cuesta hacer que la negociación, la mediación, la conciliación, etc., sean una realidad estadística significativa en materia de resolución de litigios! Derroche teórico sobre sus bondades; litigantes sordos o eso parece.*

*No hay que desesperarse. Sigue llamándome profundamente la atención la discordancia entre la rapidez con que se incorporan, transfieren y propagan conocimientos en el campo de la ciencia y la escasa o nula circulación de las soluciones adecuadas, idóneas, disponibles, al campo de la gestión de los litigios. No será porque no existan contribuciones teóricas solventes. Esta obra es un claro ejemplo de ello. El reto que nos propone y que nos incumbe asumir es que sepamos extraer las oportunas aplicaciones operativas para el diseño de una mejor administración de justicia.*

Francisco RAMOS MÉNDEZ  
Catedrático de Derecho Procesal

## ÍNDICE

	Pág.
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	7
<b>PRÓLOGO. PROYECCIONES ECONÓMICAS DE LA ACCIÓN PROCESAL, LA JURISDICCIÓN Y EL PROCESO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I. LA ACCIÓN PROCESAL</b> .....	15
1. EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL .....	15
1.1. Introducción .....	15
1.2. Dualismo y monismo en el concepto de acción procesal .....	16
1.3. Algunas posiciones influyentes en la historia del Derecho procesal sobre la acción .....	19
1.4. Nuestra posición .....	20
2. CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN .....	21
3. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN .....	23
4. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN .....	26
4.1. ¿Negociar o ir a juicio? .....	26
4.1.1. Introducción y marco teórico .....	26
4.1.2. ¿Bajo qué supuestos las partes estarán dispuestas a negociar o alcanzar un acuerdo? .....	29
4.2. ¿Cuándo una persona racional ejercería su derecho a accionar? ....	40
4.3. ¿Qué consecuencias genera la decisión de demandar en los costos sociales involucrados en un litigio? .....	44
4.4. ¿Tiene justificación económica el derecho a accionar? .....	51

	Pág.
<b>CAPÍTULO II. EL PROCESO</b> .....	57
1. INTRODUCCIÓN.....	57
1.1. El proceso como solución institucional al conflicto.....	57
2. CONCEPTO Y FINES DEL PROCESO CIVIL.....	61
3. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO.....	66
4. ELEMENTOS DEL PROCESO.....	71
5. CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS.....	72
6. ESTUDIO DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL.....	75
7. EL PROCESO Y SUS COSTOS.....	83
8. OBJETIVOS DEL PROCESO.....	90
8.1. El proceso como un juego.....	90
8.1.1. El proceso como juego único como vía para reducir las divergencias entre las partes.....	94
8.1.1.1. Juego cooperativo finito sin reglas (cooperar o apropiar).....	96
8.1.1.2. Juego procesal único con reglas (juego de reivindicación).....	98
8.1.2. El proceso como juego único como vía de interiorización...	100
 <b>CAPÍTULO III. JURISDICCIÓN</b> .....	 109
1. INTRODUCCIÓN.....	109
2. ALGUNOS CONCEPTOS.....	110
3. CARACTERÍSTICAS DE LA JURISDICCIÓN.....	111
4. ¿QUIÉN EJERCE LA JURISDICCIÓN?.....	114
5. IDENTIFICACIÓN DEL ACTO JURISDICCIONAL.....	116
6. EVOLUCIÓN DE CONCEPTO DE JURISDICCIÓN.....	116
6.1. Algunas consideraciones básicas acerca de las diferencias entre el sistema del <i>civil law</i> y <i>common law</i> en el entendimiento de la labor jurisdiccional.....	116
6.2. La tradición positivista de la jurisdicción en el <i>civil law</i> .....	121
7. LOS MOMENTOS DE LA JURISDICCIÓN.....	129
8. NATURALEZA. LA JURISDICCIÓN ¿ES UN BIEN PÚBLICO O UN BIEN PRIVADO?.....	133
8.1. Ideas generales sobre el entendimiento de la administración de justicia como bien público.....	133
8.2. Argumentos de la tesis privatista para sostener que la administración de justicia no constituye un bien público desde la perspectiva de la oferta.....	134

	Pág.
8.3. Argumentos de la tesis privatista para sostener que la administración de justicia no constituye bienes públicos desde la perspectiva de la demanda.....	135
8.4. Las deficiencias de la tesis privatista desde la perspectiva de la demanda de servicios judiciales .....	138
8.5. Las deficiencias desde la perspectiva de la demanda de servicios judiciales .....	142
9. EQUIVALENTES JURISDICCIONALES .....	144
10. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN .....	146
11. ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN.....	147
11.1. Jurisdicción no contenciosa o voluntaria .....	147
11.2. Facultades conexas a la jurisdicción .....	153
<b>CAPÍTULO IV. DEBIDO PROCESO.....</b>	<b>159</b>
1. INTRODUCCIÓN AL DEBIDO PROCESO CIVIL.....	159
2. BREVE ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES MÁS RELEVANTES EN EL PROCESO CIVIL.....	164
2.1. El derecho de defensa.....	164
2.2. El derecho a un procedimiento oral y público .....	166
2.3. El derecho a una sentencia motivada .....	168
2.4. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.....	172
2.5. Derecho a los recursos legalmente previstos.....	173
2.6. Un juez independiente e imparcial desde una perspectiva de eficiencia .....	183
3. DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y GARANTÍAS. SU APLICACIÓN AL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y APORTACIÓN DE PRUEBA.....	188
3.1. Planteamiento del problema.....	188
3.2. Una cuestión de garantía (imparcialidad) y principios (iniciativa probatoria del juez) .....	195
4. EFICIENCIA PROCESAL Y DEBIDO PROCESO .....	200
5. IMPARCIALIDAD, TRIBUNALES ACCIDENTALES Y EFICIENCIA.....	212
5.1. Oferta final y arbitraje convencional.....	212
5.2. Consideraciones de eficiencia de oferta final .....	214
5.3. Problemas de imparcialidad .....	216
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>219</b>