

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Sebastián Araya Cornejo • David Saldías Candia •
Nicolás Carrasco Delgado • Martín Coronado Atenas •
Claudio Jiménez Valenzuela •
Pascale Fouillioux Puentes • Nicolás Palma Peredo •
Cristián R. Reyes Cid

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PROCESAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

NICOLÁS CARRASCO DELGADO
(coordinador)



PRÓLOGO

Aun cuando el denominado Análisis Económico del Derecho, o *Law and Economics*, es una corriente dentro de la ciencia jurídica que tiene casi 60 años de desarrollo en Latinoamérica –y muy particularmente en Chile–, ha tenido un impulso más bien tímido y paulatino, sin perjuicio de que en los últimos años, especialmente desde la Academia, ha ido obteniendo la divulgación que este tipo de análisis requiere, al menos, para efectos de una discusión embrionaria entre abogados, jueces y legisladores.

Con el propósito de colaborar con dicha difusión, la temática de los distintos artículos que componen esta obra colectiva, se ha querido enmarcar principalmente en la tradición de lo que se conoce como *análisis económico del derecho procesal*. Dichos artículos son el fruto de un grupo de trabajo y de estudio organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, con miras a discutir, examinar y desarrollar críticamente temáticas procesales desde una perspectiva de eficiencia, sin perjuicio de las diversas concepciones que los autores tienen sobre la materia.

El primer artículo “Breve introducción a los criterios de eficiencia”, de mi autoría, examina los criterios de eficiencia que son recurrentes en el análisis económico del derecho. Tales criterios serán utilizados a lo largo de esta obra, de manera que una conceptualización inicial puede ayudar a servir de guía para comprender algunas ideas que cruzarán transversalmente las temáticas planteadas en lo sucesivo.

A continuación, se indaga por David Saldías, “La eficiencia como exigencia de racionalidad procesal”, la exigencia constitucional al legislador de establecer un procedimiento racional (artículo 19 N° 5 inciso 6° de la Constitución Política de la República). Al respecto, y con miras a dotar de contenido a tal mandato, es que el autor recurre a un concepto óptimo de eficiencia procesal que pondera los costos del error judicial y los costos administrativos de justicia.



Se trata, por tanto, de una aplicación de la eficiencia como mandato al legislador.

Adentrándonos en la vinculación entre eficiencia y el juez, el tercer artículo, “Los criterios de eficiencia como factores de decisión judicial, objeciones a las críticas al análisis económico del derecho normativo en su faz de aplicación judicial”, fue escrito en coautoría con Sebastián Araya. En tal trabajo, se indaga acerca de la operatividad del análisis económico del derecho normativo en tanto factor de decisión judicial. La manera en que se enfoca tal asunto es respondiendo a múltiples cuestionamientos que han surgido contra el *law and economics* en la tradición de la Filosofía del Derecho, particularmente a través del trabajo de Ronald Dworkin.

El cuarto texto trata una materia que ha sido una preocupación personal desde hace unos años, y cuyas versiones previas han sido discutidas y expuestas en los talleres de memoria impartidos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el III Congreso de Derecho y Economía organizado por los estudiantes de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile desarrollado en el mes de septiembre de 2014, y en el II Congreso Processulus desarrollado en la Universidad de La Coruña en noviembre de 2015. El artículo se denomina “Acerca de la procedencia del criterio Kaldor-Hicks en el proceso civil”, y trata de descartar la principal objeción a tal criterio de eficiencia (*paradoja de Scitovsky*) en su aplicación al proceso. Se pretende, por tanto, dejar subsistente la posibilidad de recurrir a tal criterio en el contexto de decisión del proceso civil.

A continuación se aborda uno de los temas más complejos del análisis económico del derecho procesal: el error. Desde una perspectiva adjetiva, Claudio Jiménez y Pascale Fouillioux discuten el alcance del concepto de “costo de error”. En el artículo denominado “Consideraciones para un concepto de error procesal (una mirada desde el análisis económico del derecho)”, profundizan en las finalidades del proceso civil, ya que dependiendo de cuál sea ese fin, se podrá hablar de decisiones erróneas. Los autores señalan que el análisis económico del derecho permite examinar los márgenes de probabilidad de error procesal y, con ello, tender a una mejora en la labor judicial y en la aplicación de los criterios de eficiencia, todo lo cual conduciría, al menos en teoría, a un mayor bienestar social.

El sexto trabajo que compone esta obra colectiva constituye una aplicación de las herramientas conceptuales examinadas en los artículos previos a una materia no suficientemente tratada en el ámbito jurídico-procesal: la administración de justicia en los paneles de expertos. En conjunto con Nicolás Palma, indagamos acerca de



las implicancias económicas del arbitraje como modelo de decisión en materias regulatorias. En este sentido, se detectan ciertos defectos en términos de eficiencia y debido proceso, que motivan la necesidad de una propuesta de *lege ferenda* que tienda hacia la creación de tribunales públicos especializados para conocer de los conflictos regulatorios. El artículo denominado “Eficiencia y debido proceso: la necesidad de justicia pública en paneles de expertos”, pretende constituir una primera aproximación de eficiencia procesal respecto de un área abandonada en el tratamiento jurídico.

Finalmente, Cristián Reyes y Martín Coronado, en el texto titulado “Una respuesta a Robert D. Cooter: análisis de la disuasión y el porqué debe desestimarse el establecimiento de reglas favorables a personas propensas al riesgo”, explican las razones jurídico-económicas por las cuales el legislador debiera evitar la formulación de regulaciones que tengan como destinatarios a personas propensas al riesgo. Tales perfiles de riesgo son excepcionales y no permiten dar cuenta de la generalidad de comportamientos que las reglas legales pretenden cubrir. Se trata de un artículo que da cuenta del rol de las normas legales para complementar los vacíos de las reglas de responsabilidad, equilibrar asimetrías de información y poderes de negociación desiguales, a fin de precaver o garantizar una justicia correctiva si bien eficiente, también racional y justa.

Como el lector podrá advertir, el desarrollo de los artículos que a continuación se presenta va desde temáticas generales hasta otras particulares, en las cuales si bien existen autores directos, ha participado de manera activa el grupo de trabajo en pleno, enriqueciendo la discusión a que cada artículo pudiere dar lugar.

En suma, esta obra colectiva titulada *Análisis Económico del Derecho Procesal: nuevas perspectivas* procura tratar aspectos contingentes de la vinculación entre economía y derecho procesal, tales como criterios de decisión judicial, racionalidad, error procesal, eficiencia en el proceso, administración de justicia pública y privada, disuasión, perfiles de riesgo, verdad procesal, debido proceso, etc. No se ha publicado en Chile, hasta la fecha, ninguna otra obra de este tipo.

Esperamos que la discusión aquí iniciada pueda motivar publicaciones subsecuentes en este ámbito del conocimiento, con el fin de ir alcanzando un debido entendimiento multidisciplinar entre el derecho y la economía. El debate queda abierto.

NICOLÁS CARRASCO DELGADO

Madrid, 10 de mayo de 2018.



ÍNDICE

<i>Contenido</i>	7
<i>Prólogo</i>	9

BREVE INTRODUCCIÓN ACERCA DE LOS CRITERIOS DE EFICIENCIA

Nicolás Ignacio Ariel Carrasco Delgado

Introducción	13
1. Los criterios paretianos de eficiencia (superior de Pareto y óptimo de Pareto)	14
2. La minimización de costos sociales y el Teorema de Coase	16
3. Ganadores y perdedores y el criterio de Kaldor-Hicks	19
4. El criterio de maximización de la riqueza de Richard Posner	20
Conclusiones	24
Listado bibliográfico	25

LA EFICIENCIA COMO EXIGENCIA DE RACIONALIDAD PROCESAL

David Saldías Candia

Introducción	27
1. La eficiencia como imperativo del procedimiento	28
1.1. Procedimiento, proceso y decisión jurisdiccional	29
1.2. Parámetros de racionalidad procedimental	32
1.2.1. La eficacia como parámetro de racionalidad procedimental	32
1.2.2. Proporcionalidad y racionalidad procedimental	34
1.2.3. Eficiencia y racionalidad procedimental	40
1.3. ¿Por qué la eficiencia?	45
2. ¿Forma la eficiencia parte del debido proceso?	48
Conclusiones	52
Listado bibliográfico	53

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336



LOS CRITERIOS DE EFICIENCIA COMO FACTORES DE DECISIÓN
JUDICIAL, OBJECIONES A LAS CRÍTICAS AL ANÁLISIS ECONÓMICO
DEL DERECHO NORMATIVO EN SU FAZ DE APLICACIÓN JUDICIAL

Nicolás Ignacio Ariel Carrasco Delgado
Sebastián Araya Cornejo

Introducción	55
1. Análisis Económico del Derecho Normativo	56
1.1. Introducción	56
1.2. Funcionalidad del Análisis Económico del Derecho Normativo ..	59
2. Formulaciones críticas al Análisis Económico del Derecho	62
2.1. Contexto General de las críticas al Análisis Económico del Dere-	
cho normativo	62
2.1.1. Coleman y la justificación de legitimidad	62
2.1.2. Los problemas del pragmatismo judicial y el mandato de	
imparcialidad	63
2.1.3. La crítica a la versión de Posner del Análisis Económico	
del Derecho	65
2.1.4. La crítica a la versión “moderada” del Análisis Económico	
del Derecho	66
2.2. Acerca de las dos críticas específicas a la eficiencia como factores	
de decisión judicial: Posición de Dworkin en contra de Posner ..	69
3. Refutación a la crítica de Dworkin acerca de la falta de coherencia de	
los criterios de eficiencia	76
3.1. Acerca de la identificación de la eficiencia como norma jurí-	
dica	76
3.1.1. Introducción	76
3.1.2. Pertenencia de la eficiencia como norma o principio de	
un sistema jurídico	77
3.2. Los criterios de eficiencia como factores de decisión judicial en	
ciertos subconjuntos normativos como superación a la dualidad	
principio-política de Dworkin	85
Conclusiones	92
Listado bibliográfico	96

ACERCA DE LA PROCEDENCIA DEL CRITERIO KALDOR-HICKS
EN EL PROCESO CIVIL

Nicolás Ignacio Ariel Carrasco Delgado

1. Planteamiento del problema	101
2. Criterio de Kaldor-Hicks y Paradoja de Scitovsky	103
3. ¿La Paradoja de Scitovsky impide la aplicación del criterio de eficiencia	
de Kaldor-Hicks en el proceso civil?	108
Conclusiones	114
Listado bibliográfico	116



ÍNDICE

CONSIDERACIONES PARA UN CONCEPTO DE ERROR PROCESAL
(UNA MIRADA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO)

Claudio Andrés Jiménez Valenzuela
Pascale Soledad Fouilloux Puentes

Presentación	120
1. Procedimiento no es Proceso	122
2. El Procedimiento y la Verdad	125
2.1. ¿Un problema epistemológico?	125
2.2. ¿Qué verdad?	132
2.3. Una verdad en sentido procesal... ..	136
2.4. ...y su función	138
3. El Concepto de Error en el Procedimiento	140
3.1. Error procesal	140
3.2. Estándar de prueba	141
4. Los Costos del Error y el AED	144
4.1. El error procesal y su alcance instrumental	144
4.2. Error tipo I y error tipo II	147
4.3. Error procesal y eficiencia	150
Conclusiones	151
Listado bibliográfico	154
Jurisprudencia utilizada	157

EFICIENCIA Y DEBIDO PROCESO:
LA NECESIDAD DE JUSTICIA PÚBLICA EN PANELES
DE EXPERTOS

Nicolás Antonio Palma Peredo
Nicolás Ignacio Ariel Carrasco Delgado

Introducción	159
1. El arbitraje como método de solución de conflictos y la perspectiva económica del mismo	160
1.1. El arbitraje	160
1.2. La solución de conflictos desde la perspectiva económica	162
2. Paneles de Expertos en el sistema nacional	166
3. Revisión desde el debido proceso respecto de la adjudicación en el sistema sanitario	170
3.1. El debido proceso en nuestro ordenamiento	171
3.2. En relación a la garantía de imparcialidad	174
3.3. En relación a la garantía de independencia	176
3.4. Juez previo	178
3.5. A modo de conclusión preliminar: La constatación de riesgos concretos	178
3.6. La solución al déficit de imparcialidad e independencia	180



4. Revisión desde la eficiencia	186
4.1. Introducción	186
4.2. Metas del análisis económico del derecho procesal	189
Conclusiones	199
Listado bibliográfico	200

UNA RESPUESTA A ROBERT D. COOTER:
ANÁLISIS DE LA DISUASIÓN Y EL PORQUÉ DEBE
DESESTIMARSE EL ESTABLECIMIENTO DE REGLAS
FAVORABLES A PERSONAS PROPENSAS AL RIESGO

*Martín Coronado Atenas
Cristián R. Reyes Cid*

Introducción	204
1. La argumentación de Cooter no es consistente en su <i>iter</i>	206
1.1. Explicación de la disuasión en términos de Cooter: Las personas determinan sus conductas conforme a los costos que les implica obedecerlas	206
1.2. Desintegración de la argumentación de Cooter	208
2. Ciertos criterios de eficiencia del AED son contrarios a la conclusión de Cooter	213
2.1. El criterio de eficiencia de Coase	213
2.2. El criterio de eficiencia de Pareto	216
2.3. El criterio de eficiencia Kaldor-Hicks	217
3. Normas simples de consentimiento impiden la conclusión de Cooter .	219
3.1. Las reglas del consentimiento, en un sentido básico de racionalidad, impiden llegar a la distribución del daño reclamada por Cooter, toda vez que la regla acordada en la norma social, en ningún caso implica una asunción de daños anticipada por las eventuales víctimas	219
3.2. Las reglas de responsabilidad contractual no son plenamente aplicables a la responsabilidad extracontractual	221
3.3. Importancia de las normas legales para completar los vacíos de las reglas de responsabilidad	222
Conclusiones	223
Listado bibliográfico	225

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

