



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

ARIEL CARRASCO DELGADO, NICOLÁS IGNACIO

La eficiencia procesal y el debido proceso *

Revista de Derecho Privado, núm. 32, 2017, Enero-Junio, pp. 443-469

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.15>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417555389015>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNAM  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La eficiencia procesal y el debido proceso*

» NICOLÁS IGNACIO ARIEL CARRASCO DELGADO**

RESUMEN: El presente artículo se enmarca en la tradición del Análisis Económico del Derecho Procesal. Al respecto, se critica el tratamiento de minimización de los costos procesales relevantes que ha motivado a los autores del *Law and Economics*. A partir de dicha crítica se formula un tratamiento de óptimo de costos procesales para el legislador, resguardando en todo caso las exigencias del debido proceso, que opera con poder de veto respecto de aquellos óptimos que pudieran vulnerar tales exigencias.

PALABRAS CLAVE: Análisis Económico del Derecho, derecho procesal, debido proceso.

The Procedural Efficiency and Due Process of Law

ABSTRACT: I will criticise the treatment of the minimisation of relevant procedural costs which have inspired the authors of *Law and Economics*. I will suggest a legislative treatment of the procedural cost optimization. In any case, it

* Fecha de recepción: 11 de enero de 2017. Fecha de aceptación: 22 de mayo de 2017. Para citar el artículo: CARRASCO DELGADO, N. I. A., "La eficiencia procesal y el debido proceso", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017, 443-469. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.15>

** Abogado. Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magíster con mención en Derecho Económico de la Universidad de Chile. Candidato a doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Becario de Becas Chile para cursar estudios de doctorado en el extranjero, 2015. Profesor asistente de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile. Contacto: ncarrascod@gmail.com

must respect the requirements of due process, which can veto the optimizations infringing upon such requirements.

KEYWORDS: Economic Analysis of Law, Procedural Law, Due Process of Law.

SUMARIO: Introducción. I. Acerca del tratamiento que ha dado la literatura tradicional del Análisis Económico del Derecho Procesal a los costos relevantes que intervienen en el proceso. II. Acerca de la necesidad de modificar el tratamiento de minimización de los costos relevantes del proceso por un tratamiento de óptimo. III. Compatibilización entre eficiencia y debido proceso. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

El Análisis Económico del Derecho es una disciplina reciente¹, que ha generado amplia discusión en los últimos sesenta años². Se encuentra muy 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 algunos trabajos genéricos sobre el tema³ y tímidamente han comenzado a surgir estudios de *Law*

-
- 1 Al respecto, Veljanovski relata: “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 de Ronald Coase, el programa de Derecho y Economía de Chicago inició una nueva fase”: C. VELJANOVSKI, *Economía del derecho*, Santiago, Diego Portales, 2006, 31-32.
 - 2 Es importante hacer presente que la contribución de Coase, con 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), uno de los hitos en la historia del Análisis Económico del Derecho, y la fuente primaria de una vasta literatura acerca de sus contribuciones.
 - 3 Por citar algunos ejemplos, ver BAYÓN MOHNO, J. C., “Eficiencia e inalienabilidad”, *Doxa*, n.º 15-16, 1994, 971-999; COSSIO DÍAZ, J. R., *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, 374 ss.; DURÁN Y LALAGUNA, P., *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Granada, Comares, 1992, 210 ss.; HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, 110 ss.; MERCADO PACHECO, P., *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994, 292 ss.; PASTOR PRIETO, S., *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989, 264 ss.; ROEMER SLOMIANSKI, A., *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, 114 ss.

and Economics en materia de derecho procesal⁴. Luego de esta introducción, este trabajo se ocupa en la sección I del tratamiento de minimización que ha efectuado la doctrina tradicional del Análisis Económico del Derecho respecto de los costos relevantes que intervienen en el proceso. Posteriormente, en la sección II se discuten las razones por las cuales debe modificarse ese tratamiento de minimización, a favor de un tratamiento de óptimo. En la sección III se analiza si resulta posible compatibilizar el óptimo procesal de eficiencia del legislador con las exigencias del debido proceso. La manera de efectuar esa compatibilización sería por medio de un poder de veto que concretice la primacía de un valor último (que es resguardado mediante un principio en sentido estricto, en los términos de Atienza y Manero) frente a un valor utilitarista (que es protegido mediante una directriz, de nuevo en los términos de Atienza y Manero⁵). Se cierra con unas conclusiones.

I. Acerca del tratamiento que ha dado la literatura tradicional del Análisis Económico del Derecho Procesal a los costos relevantes que intervienen en el proceso

Para la generalidad de los autores de Análisis Económico del Derecho Procesal, como Posner⁶, Cooter y Ulen⁷, Santos Pastor⁸ y Shavell⁹, el tratamiento

4 A propósito de la procedencia del análisis económico en temas procesales específicos, ver las siguientes publicaciones respecto de: (i) la aplicación de dicha disciplina en la contra-cautela: CARRASCO DELGADO, N., "La contracautela: una mirada desde el Análisis Económico del Derecho procesal", *Revista de Derecho y Humanidades*, n.º 16, 2010, 171-184; (ii) la aplicación del Análisis Económico del Derecho en relación a las costas: HUERTA MOLINA, J. M., "Reglas de costas y sanciones pecuniarias: un análisis económico para la reforma procesal civil en Chile", en *Sistemas Judiciales CEJA*, n.º 13, 2008, 100-113; (iii) la aplicación sobre litigación civil y acceso a la justicia: MERY NIETO, R., *Una aproximación teórica y empírica a la litigación civil en Chile*, 2006, disponible en: http://works.bepress.com/rafael_mery_nieto/ (consultado el 11/07/2016), 1-8; (iv) la aplicación de criterios de eficiencia en materia de medidas cautelares: CARRASCO DELGADO, N., *Análisis económico de las medidas cautelares civiles*, Santiago, Abeledo-Perrot, 2012, 361 ss.; RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*, Barcelona, Atelier, 2006, 748 ss.; (v) Respecto del Derecho concursal: CABRILLO RODRÍGUEZ, F., *Quiebra y liquidación de empresas*, Madrid, Unión Editorial, 1989, 15-71.

5 Sobre la distinción entre principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas de Atienza y Manero, ver *infra*, texto que acompaña la nota 32.

6 POSNER, R., *El Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, 549-551.

7 COOTER, R. y ULEN, T., *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, 476-477.

8 Con todo, Santos Pastor ha mejorado el tratamiento tradicional incluyendo el coste de llegar a acuerdos: "Un aspecto de la política judicial, tan importante como complejo, es el de la relación entre los costes derivados de la existencia de error judicial y los costos directos. Dicha relación puede resumirse en una función de pérdidas que consta de tres componentes: el coste del error (E), el coste de litigar (L) y el coste de llegar a acuerdo (A)". De forma que la ecuación sería: $FBS = \min (E + L + A)$. Ver PASTOR PRIETO, S., *¿Ab de la Justicia! Política judicial y economía*, Madrid, Civitas, 1993, 50.

9 SHAVELL, S., *Foundations of Economics Analysis of Law*, London, Harvard University Press, 2004, 451.

de los costos relevantes del procedimiento corresponde a un tratamiento de minimización:

$$\text{Mín CS} = C_A + C_E \quad [1]$$

Tal formula sirve de parámetro, en términos de eficiencia, para comparar dos estados sociales. En este sentido, será preferible el estado social que produzca la máxima reducción del costo social que impone el proceso; como, asimismo, el estado social que produzca el mínimo costo de error judicial.

Con todo, la opinión de Posner, Cooter y Ulen supone un tratamiento de minimización de ciertos costos que ha sido mejorado por Santos Pastor, al incorporar como factor a considerar los costos de alcanzar acuerdos:

Un aspecto de la política judicial, tan importante como complejo, es el de la relación entre los costes derivados de la existencia de error judicial y los costos directos. Dicha relación puede resumirse en una función de pérdidas que consta de tres componentes: el coste del error (E), el coste de litigar (L) y el coste de llegar a acuerdo (A)¹⁰.

De esta manera la función de costes a minimizar sería:

$$\text{FBS} = \text{mín} (E + L + A)^{11} \quad [2]$$

No obstante, podemos considerar que los costos de alcanzar un acuerdo son parte de los costos del sistema judicial¹².

Ahora bien, la búsqueda del objetivo de minimización de costos plantea como dificultad el hecho de que los costos a minimizar operan inversamente relacionados. 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 sistema¹³.

Así, un aumento de los costos administrativos tendentes a la corrección de decisiones generará una disminución de los costos del error. Se hace presente que los costos administrativos que se consideran solo corresponden a aquellos

¹⁰ PASTOR PRIETO, *¡Ab de la Justicia!*, cit., 50.

¹¹ *Ibíd.*, 50.

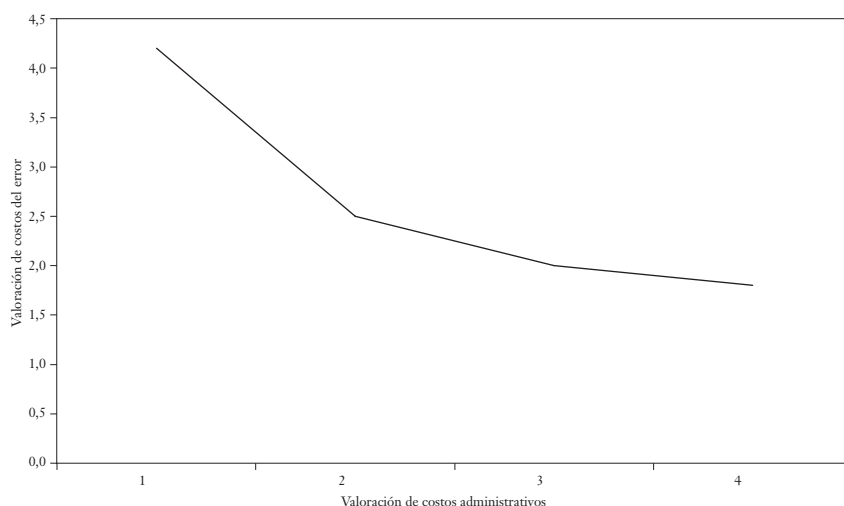
¹² Con todo, según la literatura especializada, los gastos de llegar a acuerdo son sustancialmente menores que los gastos de litigación: ver COOTER, R. y RUBINFELD, D., "Economic analysis of legal disputes and their resolution", *Journal of Economic Literature*, 27, n.º 3, 1989, 1075-1076.

¹³ Para un examen de la relación entre mayor inversión en los tribunales y la generación de decisiones erróneas ver, en especial, VOIGT, S., "Determinants of judicial efficiency: A survey", *European Journal of Law and Economics*, 42, 2016, 183-208.

costos administrativos que tienden a la corrección del error, con lo que se quiere manifestar que se dejan fuera otros costos administrativos posibles de incurrir en el proceso pero que no están inversamente relacionados con el costo del error¹⁴.

La manera en que opera la relación inversa de esas dos variables se muestra en el gráfico siguiente. Allí se expresa en el eje vertical (ordenada) la valoración monetaria de los costos del error, y en el eje horizontal (abscisa) la valoración monetaria de los costos administrativos de corrección. Podemos apreciar que ante cada aumento en los costos administrativos que tiendan a la corrección de errores (p. ej., mejores mecanismos probatorios o mayores plazos para rendir prueba o para dictar sentencia) se produce una disminución en los costos del error. Se trata pues de una función decreciente.

Gráfico 1
Relación inversa de los costos del error
y los costos administrativos de corrección



Fuente: elaboración propia.

14 En este sentido, será posible reducir los costos administrativos sin afectar los niveles de costos del error, como cuando eliminamos situaciones de duplicidad de trámites que no conducen a una mejor determinación de los hechos o el derecho. En este sentido, pueden existir costos administrativos distinto de la corrección de errores que no tengan una relación inversa respecto del costo del error.

Esta conclusión es reconocida por Santos Pastor¹⁵ y por Shavell¹⁶; sin embargo, no se visualiza la razón por la que esos autores no concluyen aceptando un tratamiento de óptimo de los costos relevantes que participan en el proceso.

II. Acerca de la necesidad de modificar el tratamiento de minimización de los costos relevantes del proceso por un tratamiento de óptimo

Con todo, y a diferencia de lo que sostienen Posner, Cooter y Ulen, Shavell y Santos Pastor, y especialmente considerando la relación inversa entre costos procesales y costos del error de la decisión judicial, estimo que la función de costos adecuada para tratar los objetivos del Análisis Económico del Derecho Procesal no corresponde a una función de minimización, sino a una función de óptimo.

Trataré de graficar esta situación con la problemática económica asociada a la imposibilidad de eliminar ciertas externalidades negativas. Me refiero al costo del error judicial como una de esas externalidades. En efecto, es un deseo compartido que las decisiones judiciales no presenten errores. Sin embargo, ello resulta difícil y económicamente inviable. La relación inversa entre costos administrativos de corrección y costos del error de la decisión judicial demuestra tal dificultad. A efecto de explicar la complejidad de vivir en un mundo sin costos del error judicial consideremos el siguiente gráfico (2), en cuyo eje vertical (ordenada) se representa la cantidad de dinero que se invierte en corrección del sistema judicial, de forma que a medida que nos alejamos del origen se representa una mayor inversión en gastos de corrección de dicho sistema; por su parte, en el eje horizontal (abscisa) se representa la reducción del error de la decisión judicial. En la abscisa se encuentra un punto denominado “100% reducción de error”,

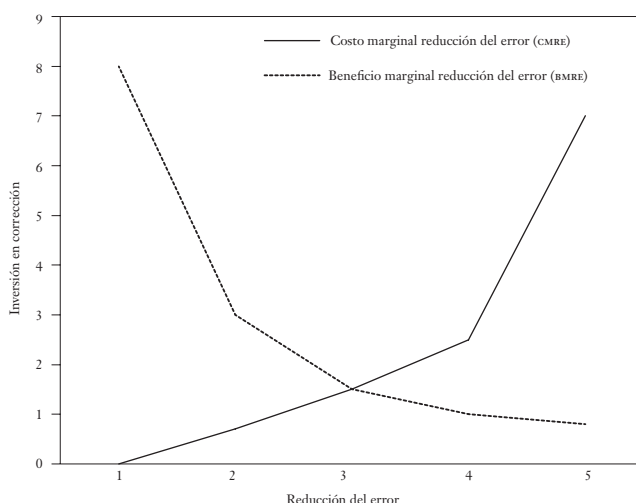
15 “Análogamente, un mayor gasto público en litigación reducirá los costos del error de dos formas: directamente –por ejemplo, por una mayor capacidad probatoria derivada de una mayor cantidad o mejor calidad de las pruebas–, e induciendo una mayor litigación; pero sabemos, del mismo modo, que aumentará los costes directos también de dos formas, directamente y haciendo ahora la litigación más atractiva que el acuerdo”: PASTOR PRIETO, *¿Ab de la Justicia!*, cit., 50.

16 Con todo, SHAPELL centra su análisis solamente en uno de dichos costos (nivel de corrección de las decisiones que maximizan el bienestar social), más que en el tratamiento conjunto de ambos: “Dado el valor social de la precisión, el nivel socialmente óptimo de esta se puede determinar. Por lo general, aumentar la precisión tiene un alto costo social, ya que requiere un proceso jurídico más largo y de mayor calidad. Por lo tanto, el nivel de precisión que maximise el bienestar social reflejará un compromiso entre el valor de aumentar la precisión y el costo de alcanzarlo”. Traducción libre del siguiente párrafo: “*Given the social value of accuracy, the socially optimal level of accuracy can be determined. As a general matter, increasing accuracy is socially costly, because it requires a lengthier and higher-quality legal process. Therefore, the level of accuracy that maximizes social welfare will reflect a compromise between the value of increasing accuracy and the cost of achieving it*”. SHAPELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, cit., 451.

que representa el lugar donde deja de existir error judicial. De esta forma, a medida que nos acercamos a ese punto existirá mayor reducción del error judicial.

En tal gráfico se observan dos curvas. La primera curva (continua) representa el costo marginal de reducción del error judicial (CMEJ), esto es, los gastos marginales asociados a una menor cantidad de error en la decisión del juez. Esta curva es de pendiente positiva creciente, significando que cada esfuerzo adicional en reducción del error exige un gasto mayor. Esta curva también representa una relación inversa con la reducción del error judicial, ya que a medida que se invierte más dinero en corrección se reduce el porcentaje de error judicial. La segunda curva (punteada) representa el beneficio marginal de una reducción del error judicial (BMEJ), esto es, da cuenta de la utilidad marginal que trae consigo cada disminución adicional en el error de la decisión judicial. Esta curva es de pendiente negativa decreciente, siendo una concreción de la ley de la utilidad marginal decreciente. Podemos ver en tal gráfico que las inversiones iniciales de corrección del error generan beneficios relevantes, ya que la pendiente negativa de la curva de beneficios marginales es más pronunciada con las primeras inversiones en gastos de corrección, aplanándose luego de alcanzado el punto donde se igualan costos marginales y beneficios marginales del error judicial.

Gráfico 2
El problema de la reducción de los costos del error de la decisión judicial



Fuente: elaboración propia.

En el gráfico 2 se demuestra entonces que el punto óptimo de reducción del error corresponde al punto donde se igualan la curva del costo marginal de reducción del error y la curva del beneficio marginal de reducción del error. Tal punto se ubica en el eje de la abscisa a la izquierda del punto de “100% de re-

ducción error”, lo que significa que para el sistema judicial no es una solución óptima invertir la cantidad de dinero que permite arribar a tal punto, siendo eficiente convivir con la existencia de errores. En efecto, luego del punto óptimo mencionado todo gasto adicional en corrección del error judicial no se ve justificado por una reducción proporcional en el beneficio marginal de reducción del error. En este sentido, el gasto marginal requerido para reducir en un 100% el error judicial resulta completamente excesivo en atención al beneficio general que tal desembolso trae consigo.

De esta forma, es de recalcar que, enfrentados a una problemática de costos del sistema judicial y costes del error, se tendrá una solución eficiente cuando se ponderen ambos costos para alcanzar un óptimo. Un óptimo es aquella combinación que permite alcanzar la máxima satisfacción, considerando los costos marginales de la inversión en corrección del sistema y los beneficios marginales que se reportan de la inversión de esos recursos en una reducción de los costes del error. Es por ello que las fórmulas de minimización 1 y 2 deben ser transformadas en una fórmula de óptimo que pondere los costos y beneficios marginales indicados. Tal ecuación, que denominamos fórmula de óptimo de eficiencia de derecho procesal [Ópt.EDp], sería:

$$\text{Ópt.EDp} = \text{BMRE} = \text{CMRE} \quad [3]$$

Hablar de un óptimo de eficiencia de derecho procesal cuando se igualan los costos marginales con los beneficios marginales de una reducción del error significa que cualquier unidad adicional en cualquiera de esos factores generará un desmedro en el otro. De forma que cuando se igualan, como en la ecuación 3, se encuentran en estado de equilibrio.

La ecuación 3 permite un lenguaje más apropiado respecto de la manera en que intervienen los elementos que hemos analizado. Ella da cuenta de que, más que minimizar costos del sistema judicial de corrección y costes del error, lo que debemos hacer es ponderarlos con los beneficios marginales que de ellos surgen. De esta forma, aun cuando el punto donde se igualan costos marginales y beneficios marginales pueda representar en ciertos casos una minimización¹⁷, resulta más apropiado utilizar derechamente el lenguaje de optimización, considerando la relación inversa en la que operan ambas clases de costes, así como también para dar cuenta de los beneficios marginales generados. Por otra parte, veremos que un tratamiento de minimización no proporciona una guía útil para resolver casos de opción legislativa de reglas del debido proceso en donde el legislador se enfrenta a dos estados sociales que poseen un mismo mínimo total de costes. Con todo, la fórmula de óptimo mencionada posee como limitante el hecho de solamente dar cuenta de los costes y beneficios marginales asociados al error de

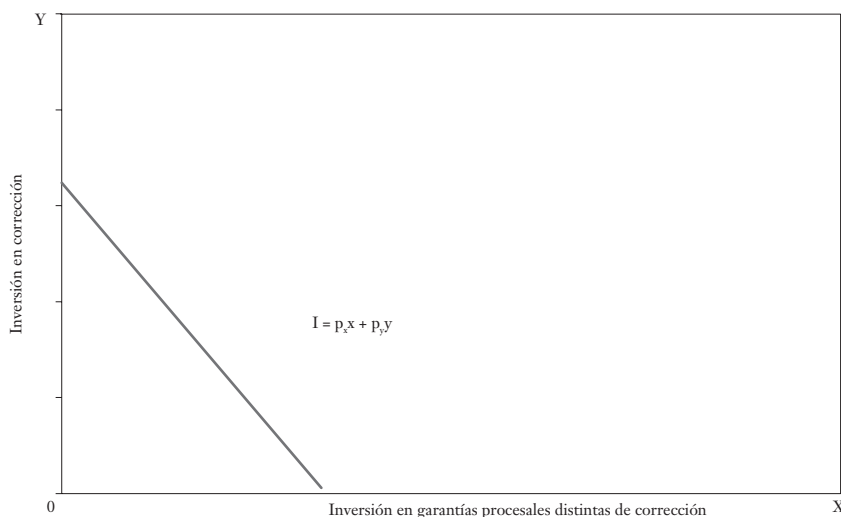
17 COOTER y ULEN, *Derecho y economía*, cit., 46.

la decisión judicial, en circunstancias en que no toda inversión de justicia está dirigida a reducir tal error.

Dada esa limitación seguiremos explicando la manera en que se conjuga tal óptimo con las restricciones presupuestarias a las que se encuentra sujeto el legislador y a las exigencias monetarias que pueden imponerse por reglas del debido proceso. En efecto, la manera en que se conjugan esas restricciones con lo aquí desarrollado pudiera no haber quedado suficientemente comprendida en lo que hemos avanzado.

Al respecto, es necesario señalar que los bienes gratuitos son escasos. Vimos a propósito del óptimo de eficiencia de derecho procesal que el bien “reducción de costos del error de la decisión judicial” (si es que deseamos un 100% de reducción de tal error) resulta excesivamente caro en relación con sus beneficios. Con miras a explicar esta situación, en el gráfico 3 se representa la restricción presupuestaria a la que se encuentra sujeto el legislador que debe establecer el nivel de inversión requerido para reducir el error de la decisión judicial.

Gráfico 3
Restricción presupuestaria del legislador que busca reducir los costes del error judicial por medio de inversión en corrección del sistema judicial



Fuente: reformulación de R. COOTER y T. ULLEN, *Derecho y economía*, México, FCE, 1998, 45.

El gráfico 3 indica la ecuación de la línea de presupuesto [$I = p_x x + p_y y$], donde p_x es el precio por unidad de x (inversión en garantías procesales distintas de corrección) y p_y es el precio por unidad de y (inversión en corrección de decisiones). Por tanto, el gráfico indica las combinaciones posibles de ambos bienes que son asequibles para el legislador. De esta forma, cualquier combinación de esos bienes (x, y) que se ubique en tal línea o bajo la misma será posible de ser

financiada, no así aquella que se encuentra sobre ella. Con todo, de tal gráfico surgen dos temas problemáticos. El primero es que puede ser posible que el punto óptimo de eficiencia que hemos indicado en el gráfico 2 se ubique sobre la línea de restricción presupuestaria. El segundo es que el punto de inversión requerido para satisfacer las reducciones de error exigibles de acuerdo a una regla del debido proceso (Resg.Dp) también se ubique sobre tal línea de restricción presupuestaria. Ambos problemas dan cuenta de una insuficiente capacidad de ingresos para hacer frente a las exigencias de óptimo procesal, así como a las exigencias del debido proceso, ya que el Estado no tendría, en un primer momento, recursos para hacerles frente.

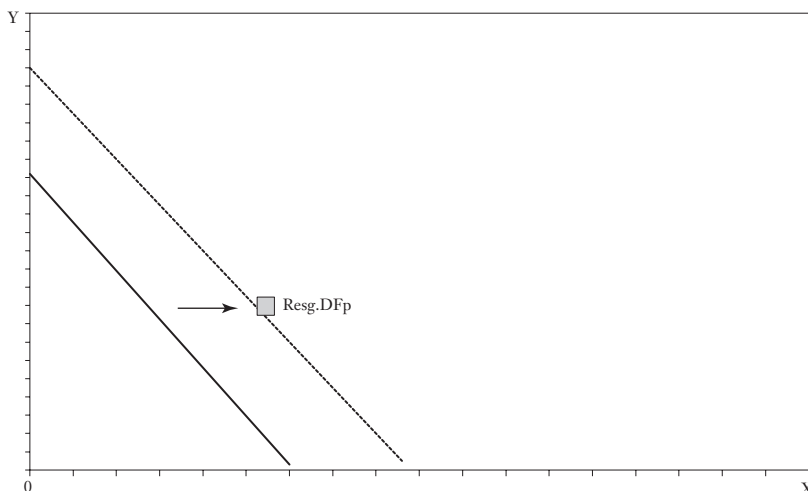
Ahora bien, de cara al problema de restricción presupuestaria respecto del óptimo de eficiencia, el legislador no tiene una exigencia normativa que le imponga la carga de invertir una cantidad que supere su línea de presupuesto. Por tanto, si el punto de óptimo de eficiencia se ubica por sobre tal línea, entonces el legislador no podrá satisfacer tal óptimo y tendrá que buscar una ponderación de los bienes en cuestión que se ubique en o bajo la línea de restricción presupuestaria. Este óptimo se ubica finalmente en un menor rango de satisfacción en el consumo de esos bienes, pero es el mejor elegible de acuerdo a los recursos a disposición.

El problema anterior se diferencia de la restricción presupuestaria en relación a los niveles de corrección del error judicial impuestos por exigencias del debido proceso. En este caso, tales exigencias imponen la necesidad de alcanzar cierto nivel de reducción del error judicial, como ocurre con la sentencia condenatoria dictada en un proceso penal, donde se requiere extremar la reducción del error (asociado a la necesidad de una convicción más allá de toda duda razonable)¹⁸. Pues bien, en este caso cualquier restricción presupuestaria que impida alcanzar el punto de satisfacción del debido proceso respecto de la corrección del error judicial devendrá en irrelevante para tal garantía, ya que muy probablemente la regla que concrete un menor nivel de reducción del error (dada tal restricción) no sorteará los controles de constitucionalidad. Como consecuencia de ello, el legislador deberá adecuar su línea de presupuesto aumentando los recursos disponibles, al menos al nivel que le permita financiar el nivel de corrección del error judicial exigido por las consideraciones del debido proceso. Esa adecuación de la línea de presupuesto implica que la restricción presupuestaria original se moverá hacia la derecha, según consta en el gráfico 4. Allí aparece que la línea de restricción presupuestaria original (línea continua) se desplaza hacia la derecha, quedando en la nueva línea de restricción presupuestaria (línea punteada). Sobre esta última se ubica el punto de resguardo del debido proceso (Resg.Dp) que había quedado fuera del alcance de la línea de restricción presupuestaria original.

18 NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2016, 11.

Así, bajo la nueva restricción presupuestaria existe financiamiento para satisfacer las exigencias del debido proceso.

Gráfico 4
Desplazamiento de la línea de restricción presupuestaria
para hacer frente a una exigencia del debido proceso
que no fue salvaguardada con el nivel de inversión inicial



Fuente: elaboración propia con base en gráfico 3.

La principal consecuencia de lo que venimos comentando es que las exigencias del debido proceso imponen regulaciones que no pueden ser soslayadas sobre la base de consideraciones económicas que velen por el ahorro de recursos. Esto es una razón adicional para sostener que un mero tratamiento de minimización no es adecuado a la hora de enfrentarse a los costes del proceso, ya que de seguir ese predicamento deberíamos preocuparnos únicamente del ahorro de recursos, sin atender si con el mínimo de costes se alcanza un punto que satisfaga la inversión requerida por la exigencia del debido proceso en lo que hace a la corrección de costes del error¹⁹.

III. Compatibilización entre eficiencia y debido proceso

Importante es constatar que incluso quienes sostienen un tratamiento de minimización han propuesto adecuaciones a las problemáticas que trae consigo el debido proceso en el derecho procesal. A tal efecto nos enfocaremos en las propuestas que se han formulado para compatibilizar exigencias del debido proceso

19 Lo que implica la necesidad de inversión en justicia.

con la eficiencia procesal; para, luego, plantear nuestra posición al respecto. Esto no implica la necesidad de recurrir al óptimo de eficiencia procesal, ya que el mismo estaba pensado para encontrar el punto de equilibrio entre costos marginales y beneficios marginales asociados a la corrección de decisiones judiciales. En lo sucesivo nos preocuparemos principalmente por los costos involucrados en materia del debido proceso, dejando de lado la necesidad de buscar un equilibrio con los beneficios marginales que suponen tales costos. La razón de ello se encuentra en que bien pudiera ocurrir que las exigencias del debido proceso impongan una necesidad de gasto que no sea óptima. Por ejemplo, en el gráfico 2 pudiera ser que la exigencia del debido proceso de reducción del error se ubique en la necesidad de alcanzar un estado social con un 80% de reducción del error, punto que se ubica a la derecha del óptimo. Ello comporta que tal regla se impone sin atender a si los costes marginales están ponderados por sus beneficios marginales (pudiera ser una solución muy cara, no justificada por los beneficios marginales que genera).

Ahora bien, esta compatibilidad puede resultar difícil si consideráramos que las exigencias de eficiencia están en oposición a las exigencias del debido proceso. La dificultad surge en razón de que las exigencias del debido proceso no pueden ser soslayadas por consideraciones puramente economicistas²⁰. Las reglas del debido proceso son transversales en el derecho procesal. En forma intuitiva, podemos considerar que el respeto de las garantías del debido proceso se traduce en ciertos gastos y exigencias a los que se debe dar cumplimiento, sin que se persiga con ello la búsqueda de algún objetivo de eficiencia (reducción u óptimo de los costos del proceso). De hecho, el respeto al debido proceso importa límites al ejercicio jurisdiccional que de otro modo no serían exigibles.

En cuanto al alcance del debido proceso, y sin pretender construir una definición, podemos en forma sucinta agrupar las distintas garantías, dependiendo de aquello que pretenden asegurar, así: (i) las condiciones del órgano adjudicador; (ii) las condiciones del procedimiento, y (iii) las prerrogativas del sujeto que se ve expuesto al proceso.

i. La primera clase de garantías asociadas a un debido proceso dice relación con el tipo de órgano adjudicador que debe conocer y resolver el conflicto, es decir, con las condiciones que debe cumplir el tribunal ante el cual se ventila el proceso. En este nivel incluimos la necesidad de que el órgano adjudicador sea un organismo competente, independiente, imparcial y establecido con anterior-

20 Para un mayor análisis de esta materia ver, en especial, NOGUEIRA ALCALÁ, H., *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, Santiago, Librotecnia, 2007, 42-56. Asimismo, para un examen detallado de las garantías del debido proceso en el sistema del *civil law*, ver ESPARZA LEIBAR, L., *El principio del proceso debido*, tesis doctoral, Universitat Jaume I de Castellón, 1994, 212-314. Respecto de las garantías penales del debido proceso ver MOLINA LÓPEZ, R., "El debido proceso penal en Colombia y España", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40, n.º 112, 15-42.

riedad al acaecimiento de los hechos. El legislador debe establecer con claridad y de forma previa a los hechos que se examinan cuál es el órgano facultado para conocer y resolver el conflicto.

ii. En un segundo plano se ubican las garantías que rigen las condiciones del procedimiento propiamente tal. En esta categoría cabe mencionar la garantía de un juicio único, público y sin dilaciones, buscando asegurar la debida transparencia, su seriedad y eficacia.

iii. Por último, existe un grupo de garantías que tienden a dotar al individuo de prerrogativas, como el derecho a la defensa, el derecho a rendir prueba, el derecho a la asistencia letrada, el derecho a la igualdad de armas, el derecho a la bilateralidad de la audiencia, etc.

Tales exigencias del debido proceso legal se traducen en la imposición necesaria de trámites, diligencias 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 o aplicación²¹, por lo que la respuesta judicial va asociada a la idea de legitimidad del procedimiento²². Esto último incluso es aceptado por los autores del Análisis Económico del Derecho²³.

Pues bien, cabe señalar que en el Análisis Económico del Derecho han existido algunas aproximaciones que buscan armonizar elementos de eficiencia con exigencias del debido proceso. Así, por ejemplo, Richard Posner implícitamente analiza este problema y consagra una fórmula tendente a determinar cuándo se niega el debido proceso a un ciudadano que exige acceso a la justicia, señalando en tal sentido:

21 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 Raúl Núñez: “Para nosotros la diferencia se construye a partir de la distinción 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. Aun cuando atendido al discurso de justificación o fundamentación 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”: NÚÑEZ OJEDA, R., “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo”, *Ius et Praxis*, 14, 2008, 101-102.

22 Ver TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002, 425.

23 COOTER y ULEN, *Derecho y economía*, cit., 483.

En los términos de la fórmula de Hand²⁴, 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 error²⁵.

Es importante aclarar que la fórmula de Hand, utilizada en materia de responsabilidad civil, pretende determinar cuándo una conducta es negligente. Se afirma esa imprudencia si la acción se lleva a cabo en supuestos en que el gasto de previsión (B) es menor que el daño previsto (L) multiplicado por la probabilidad de que ello ocurra (P). Tal función se expresa como sigue:

$$B < P \times L \quad [4]$$

Tal fórmula, aplicada al debido proceso, implica considerar que el elemento B corresponde a un costo público que representa la inversión en justicia necesaria para el respeto de la garantía del debido proceso; por su parte, el elemento L representa el coste privado que sufre el litigante privado por la vulneración del debido proceso. En lo sucesivo nos referiremos a tales elementos de la manera ahora indicada. De esta manera, si queremos ejemplificar tal fórmula con la garantía del derecho a ser oído (tal como lo hace Posner), llegamos a la conclusión de que se respeta el debido proceso en materia de acceso a la justicia cuando un tribunal niega una audiencia a un sujeto si el costo público de respetar la garantía es mayor que la probabilidad del error si se niega la salvaguarda, multiplicado por la entidad de la pérdida privada si se materializa el error. Si se produce el caso contrario, entonces debe concederse al ciudadano el derecho a ser oído por el órgano jurisdiccional²⁶.

En relación a la fórmula de Hand debemos señalar que ella fue formulada como un parámetro de decisión judicial. Sin embargo, con la modificación conceptual realizada de los elementos que la componen (B y L) hemos transformado

24 La famosa fórmula de Hand fue creada por el juez federal norteamericano don Learned Hand, con ocasión de su participación en el caso *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

25 POSNER, *El Análisis Económico del Derecho*, cit., 520.

26 Con base en tal análisis, 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, mas 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 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.

esa fórmula en un parámetro a ser utilizado también por el legislador. Según veremos, los elementos de esa fórmula en los términos reformulados implican que respecto del elemento B nos enfrentamos a un coste público de inversión en salvaguarda procesal, cuya valoración y gasto compete al Estado al momento de definir su nivel de inversión procedimental. La regla así formulada tendrá una potencialidad de vulnerar o no las garantías del potencial litigante que participe en el proceso respectivo, mediatizado por la actuación del juez²⁷. Un ejemplo aclarará el punto. Pensemos en un legislador que desea acelerar los procesos civiles. Para ello decide acortar el término probatorio a la mitad y eliminar cualquier posibilidad de que el juez pueda decretar medidas probatorias de oficio. Indudablemente esa decisión legislativa producirá una consecuencia negativa en términos de costos del error (puesto que con tal medida se restringen las posibilidades de las partes para acreditar sus pretensiones o defensas). Esa consecuencia negativa subsiste a pesar de que el juez desee decretar una medida probatoria que considera pertinente al objeto discutido. Lo anterior, porque el juez simplemente no podrá decretarla. En otras palabras, en tal ejemplo las consecuencias negativas asociadas al aumento del costo del error en el proceso civil vienen configuradas por la norma que restringe las posibilidades de rendición de prueba de las partes, más que por la actuación del juez aplicando esas reglas. Lo anterior, consecuencialmente, produce una reducción de las posibilidades de corrección de la decisión judicial. Este ejemplo nos muestra la manera en que influye el elemento B. Ello ocurre de modo que el legislador puede considerar dos o más escenarios alternativos respecto de tal elemento. En efecto, un primer escenario podría ser el estado social con un elemento B_1 (estado inicial antes de la reforma que reduce a la mitad la duración del término probatorio) y un segundo escenario podría ser un estado social con un elemento B_2 (estado social una vez que se reduce el término probatorio a la mitad). Por tanto, el resultado de la ecuación en presencia de algunos de esos estados (B_1 o B_2) no será idéntico; asimismo, el nivel de intervención del juez para concretizar posibles pérdidas privadas de bienestar (elemento L) asociadas a la aplicación de la regla dependerá de la manera en que el legislador regule su discrecionalidad. En este sentido, vimos que una opción por el escenario que posea una regla B_1 limita en exceso tal discreción y el juez poco podrá hacer por evitar la producción de un daño privado (elemento L) en el caso concreto en que no se rindió la prueba apropiada dentro del escaso periodo probatorio autorizado.

Con todo, la fórmula de Hand no se encuentra exenta de problemas. El primero de ellos es que está realizada en términos de desembolsos totales y no de desembolsos óptimos. En efecto, según tal fórmula sería aceptable un estado

27 En efecto, el juez tendrá algún nivel de injerencia en la producción del daño privado que surge de la vulneración de la garantía, pero en todo caso estará restringido por la imposición normativa.

social que no se corresponda con los costos totales (públicos y privados) asociados a un estado social óptimo. En este sentido, tal fórmula nos podría llevar a aceptar los estados sociales 2 o 3 de la tabla 1 (que se analizará más abajo), en circunstancias en que los estados sociales óptimos no serían aquellos. Con lo anterior se produciría un malgasto de los recursos (públicos y/o privados) involucrados en la regla procesal examinada con base en tal fórmula. Veremos que lo anterior no nos debe llevar a aceptar un tratamiento de minimización de los costos involucrados en esta fórmula, porque la tabla 1 sería un ejemplo de que una minimización no resuelve la dificultad asociada a decidir qué estado social es preferible en presencia de dos situaciones alternativas que poseen idénticos costos totales mínimos. Finalmente, la fórmula mencionada deja de lado preocupaciones distributivas relevantes, lo que la hace incompatible con el derecho procesal cuando nos enfrentamos a reglas del debido proceso. En efecto, como ha señalado agudamente Enrique Barros, tal fórmula permite que el victimario controle los daños a producir a la víctima²⁸. Lo anterior es plenamente aplicable a las reglas del debido proceso, porque el Estado controlará el nivel de inversión del elemento B; sin embargo, de la cuantía de ese elemento se hará más o menos probable la ocurrencia del daño privado asociado al elemento L. Por tanto, la aceptabilidad del resultado de tal fórmula introduciría consideraciones de gasto estratégico del Estado, en circunstancias en que las mismas no deben existir en materia del debido proceso²⁹.

Con base en tales críticas podemos buscar una formulación de óptimo de la fórmula de Hand. Lo anterior se explica en el gráfico 5 siguiente. En el eje vertical (ordenada) constan los niveles de gasto e inversión pública de justicia asociadas a mejoras del debido proceso. Por su parte, en el eje horizontal (abscisa) se representan las reducciones en las vulneraciones de garantías del debido proceso que sufren los litigantes, de forma que a medida que nos alejamos del origen de tal eje existirá mayor nivel de beneficios marginales por reducción de tales vulneraciones³⁰. Ahora bien, en el gráfico 5 se representa una curva de costo público marginal de inversión en debido proceso (CmI). Tal curva es de pendiente positiva y punteada. Ella representa la inversión pública marginal que se requiere para reducir el daño privado que sufren los litigantes en caso de que exista

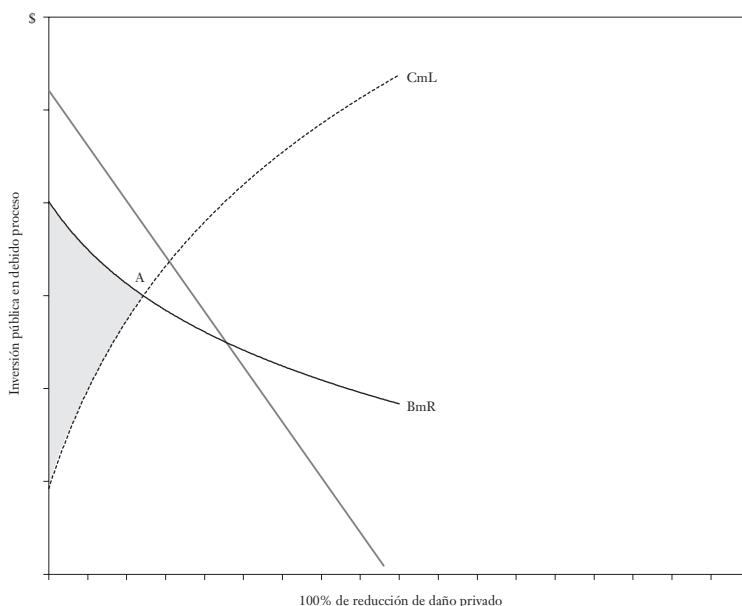
28 Adicionalmente es posible efectuar una segunda observación crítica a la fórmula de Hand, en cuanto a que ella no considera debidamente la relación existente entre el autor del hecho negligente y su víctima. Así, para Enrique Barros, “[l]os costos de prevención aceptables están dados por el valor que el autor del daño atribuye a su actividad, porque de ello depende cuánto está dispuesto a pagar por los accidentes que se produzcan. La relación del autor del daño con la víctima es oscurecida por la ecuación”: BARROS BOURIE, E., “La responsabilidad civil como derecho privado”, *Revista de Estudios Públicos*, n.º 112, 2008, 330.

29 Ver gráficos 3 y 4, y los análisis asociados a ambos.

30 Por el contrario, a mayor cercanía con el origen de tal eje, menores beneficios en tal sentido, y más costos privados ocasionados por vulneración de la garantía.

vulneración del debido proceso. También se representa la curva de beneficio marginal de reducción del daño privado a causa de la protección concedida por unidades adicionales de inversión pública en debido proceso (BmR). Tal curva es de pendiente negativa y negra. Finalmente, en el gráfico se representa la línea de restricción presupuestaria (línea gris). La misma se ubica a la izquierda del punto A donde se igualan CmI y BmR. Por lo mismo, esta solución óptima del debido proceso puede ser financiada con los recursos disponibles por el legislador. Por otro lado, cabe señalar que en la abscisa se representa un punto denominado “100% de reducción de daño privado”, que da cuenta del punto en donde ya no existirá daño privado por vulneración del debido proceso. Pues bien, si proyectamos ese punto en la gráfica veremos que para alcanzarlo se requiere un costo marginal (CmI) que posee una diferencia relevante con el beneficio marginal (BmR), siendo una solución extremadamente cara.

Gráfico 5
Representación de los costes públicos marginales de inversión en debido proceso y los beneficios marginales por la reducción de los costos privados asociados a la vulneración de las garantías del debido proceso



Fuente: elaboración propia.

El punto A representado en tal gráfico indica el punto óptimo donde se igualan los costos marginales de inversión en debido proceso y los beneficios marginales que se ocasionan por las reducciones en las vulneraciones de garantías del debido proceso a causa de mejoras de inversión en tales salvaguardas. Tal punto

corresponde a una mejora de aquella que puede conseguirse por la aplicación de la fórmula de Hand en la posición de Posner. En efecto, según tal posición serán eficientes todos aquellos estados sociales donde el beneficio por reducción de costos privados de vulneración de la garantía superen al costo público de inversión en debido proceso. Tales estados sociales eficientes, según Posner, corresponderían al área destacada. Sin embargo, en tal área es posible adoptar niveles de inversión adicional que traerán consigo beneficios marginales superiores. Esa mejora se efectuará hasta el momento en que se alcanza el punto A, donde se igualan las curvas de costo marginal y beneficio marginal indicadas. Por lo mismo, concluimos que la posición de Posner en su aplicación de la fórmula de Hand en materia del debido proceso conduce a un resultado no óptimo, y debería ser modificada por la siguiente:

$$\text{CmI} = \text{BmR} \quad [5]$$

Ahora bien, a pesar de lo anterior utilizaremos la fórmula de Hand como una herramienta para el legislador, con la finalidad de explicar cómo se interrelacionan los costos públicos de inversión en garantías del debido proceso y los costos privados que se producen como consecuencia de las vulneraciones del debido proceso. Con base en lo señalado en las ecuaciones 4 y 5 quedará claro que el elemento L de la primera ecuación corresponde a la inversa del elemento (BmR) de la segunda. Lo anterior, porque reducciones sucesivas en el costo privado por vulneraciones de reglas del debido proceso (elemento L en la ecuación 4) implican beneficios marginales asociados a tales reducciones (elemento BmR en la ecuación 5). Con todo, para efectos de la explicación seguiremos utilizando los elementos de la ecuación 4 en lo sucesivo.

Ahora bien, antes de continuar necesitamos aclarar dos asuntos previos. El primero corresponde a la naturaleza divergente del costo público de la salvaguarda (elemento B) y al costo privado que se sigue de la vulneración de las reglas del debido proceso (elemento L). En efecto, el gasto de inversión en justicia es un gasto público. Esto es, proviene de rentas generales y se financia vía contribuciones y otros ingresos fiscales. Por lo mismo, quien soporta la carga de esa inversión es el Fisco. Lo anterior no es baladí, por cuanto significa que compete al Estado la determinación del nivel de inversión necesario para resguardar las exigencias del debido proceso. Por tanto, el Estado posee completo control sobre la variable o factor (B). Así, por ejemplo, se podrá establecer tribunales especializados, ampliar la dotación de jueces, incrementar los ámbitos de intermediación, mejorar la publicidad del proceso, etc. Algo distinto sucede respecto del costo que sufre el litigante por la vulneración de la salvaguarda del debido proceso. El costo expresado en la variable o factor (L) es de naturaleza privada, toda vez que es soportado en el bienestar de cada sujeto vulnerado en sus garantías. Lo relevante, según veremos, es que, dada la naturaleza inversa de la relación

de ambos costes, la magnitud de la variable o factor (L) va a depender del nivel de inversión pública de justicia (B). Ello significa que el sujeto afectado por la vulneración de la garantía del debido proceso no tiene control absoluto sobre la variable que lo afecta. En otras palabras, su nivel de protección queda sujeto al nivel de resguardo que defina el Estado, así como a la intervención del juez que mediatiza limitadamente (vía la aplicación judicial) las repercusiones que la norma puede generar en el bienestar de las partes. El hecho de que el coste privado de vulneración del debido proceso quede supeditado a la decisión de resguardo de esa garantía por parte del Estado constituye un elemento de juicio relevante para resolver (como haremos posteriormente) cuál situación de óptimo debe prevalecer en caso de que concurren dos estados sociales con idénticos costos totales pero con diversas cuantías de gastos público y costo privado.

El segundo aspecto preliminar que debemos considerar da cuenta de la relación inversa de los costes sociales y privados. En efecto, según podemos apreciar en la tabla 1, a medida que se produce un aumento en el gasto público de inversión de recursos en garantías del debido proceso se va produciendo una disminución en los costos privados que se siguen de la vulneración de la salvaguarda. En otras palabras, a medida que aumentamos la inversión pública en justicia se generarán beneficios correlativos en el bienestar del litigante. Con todo, esos beneficios correlativos en el caso de la tabla 1 no son proporcionales al aumento de inversión.

En la tabla 1 se contienen algunos estados sociales posibles de eficiencia en la compatibilización de exigencias económicas y del debido proceso según los criterios examinados. Al respecto, utilizaremos los elementos de la fórmula de Hand (ecuación 4). En la primera columna se señala el número de los estados sociales comprendidos en la tabla; luego, en la segunda columna se indican los valores del costo público de salvaguarda del debido proceso (B); en la tercera, se señala la cuantía de los daños privados que se producen de no respetarse la salvaguarda (L), y en la cuarta, los costos totales involucrados, esto es, la sumatoria de los costos públicos de salvaguarda y de la cuantía de los daños privados en caso de infringirse las garantías del debido proceso ($B + L$). El objetivo de la tabla es explicar numéricamente en qué casos, desde el prisma exclusivo del Análisis Económico del Derecho Procesal, incurrimos en situaciones de ineficiencia, de eficiencia según Posner, o de óptimo.

De esta tabla es posible deducir que, de acuerdo a la fórmula propuesta por Posner, la eficiencia en la asignación de los recursos tendentes a salvaguardar el debido proceso se produciría igualmente en dos estados sociales (estados sociales n.º 2 y 3). Esos estados sociales representan casos en donde el costo público de la salvaguarda es de \$20 o de \$40, y en ambos estados sociales tal coste es menor que el coste privado producido por vulneración de una salvaguarda del debido proceso. Por tanto, a falta de otro factor de decisión de cuál estado es preferido (para la fórmula de Hand bastaría que $L > B$), no habría manera de resolver cuál de esos dos estados sociales es mejor.

Tabla 1
Compatibilización de eficiencia y debido proceso

Número de estados sociales		Costo público de la salvaguarda (B)	Cuantía de daños privados (L)	Costo total de los recursos utilizados (B + PL)
N.º 1	Ineficiencia	0	400	400
N.º 2	Eficiencia según Posner	20	200	220
N.º 3	Eficiencia según Posner	40	100	140
N.º 4	¿Nivel óptimo?	60	44	104
N.º 5	¿Nivel óptimo?	80	24	104
N.º 6	Ineficiencia	100	12	112
N.º 7	Ineficiencia	120	6	126
N.º 8	Ineficiencia	200	2	202
N.º 9	Ineficiencia	220	1	201
N.º 10	Ineficiencia	300	1	201

Fuente: Elaboración propia.

Con todo, ninguna de esas soluciones es mejor que el estado social que se puede alcanzar aplicando un criterio de óptimo, toda vez que es posible reducir el costo total asociado a la salvaguarda (hasta \$104 en los estados sociales n.º 4 y 5) adoptando un estado de cosas que implique un mayor nivel de gasto público (en los estados sociales n.º 4 y 5 existe un mayor gasto público que en el estado social n.º 3) pero que produzca una menor cuantía de daños privados (los estados sociales n.º 4 y 5 implican una reducción de los daños privados de infracción del debido proceso en comparación con el estado social n.º 3), y todo ello, según indicamos, con menores costos totales.

Esto permite alcanzar una mejora respecto de Posner y su propuesta de compatibilidad del debido proceso y la eficiencia con base en la fórmula de Hand. Sin embargo, nos encontramos con una dificultad en el análisis. En efecto, según lo señalado, existirán dos opciones que conducirían a la combinación socialmente más ventajosa. En la primera de ellas el gasto público de la salvaguarda requiere de una inversión menor de \$60, y en la segunda se exige un gasto público superior (\$80). En contrapartida, el costo privado de la primera alternativa es mayor (\$44) que aquello que se genera en la segunda (\$24).

La elección no es sencilla. Nos encontramos en presencia de alternativas en donde se valoran costos privados y sociales de cuantía diferente pero que conducen a un mismo costo total (\$104). Para poder resolver este problema debemos recordar que el mismo se enfoca desde la perspectiva del legislador cuando debe consagrar una regla de protección al debido proceso. Desde la óptica del legislador, la elección se produce entre el resguardo del gasto público de inversión

en justicia (que, dado su carácter regresivo³¹, buscará ser reducido) y el coste privado que se generará por la vulneración del debido proceso (el que produce un detrimento de bienestar inmediato en el sujeto afectado).

Si el legislador estuviera interesado en su propio bienestar, actuaría minimizando los costos públicos, y entonces su elección correspondería a la que resguarde la primera de las dos preocupaciones anteriores. Como consecuencia de ello se destinaría a la regulación de la regla del debido proceso una inversión de \$60, optando por el estado social n.º 4.

Sin embargo, esa decisión puede no ser óptima si consideramos todos los factores relevantes aplicables al problema. En efecto, en el escenario del legislador interesado referido, se omite considerar que la regulación sobre la que discurre el ejemplo recae no sobre cualquier norma procedimental, sino sobre reglas del debido proceso. Como hemos visto, las exigencias del debido proceso van encaminadas a establecer salvaguardas y protecciones al sujeto destinatario de la norma (las partes litigantes), no al órgano encargado de la producción normativa (el legislador).

Por tanto, desde una perspectiva de los sujetos afectados por las reglas del debido proceso, el mejor nivel de protección se genera en el escenario donde existe una inversión pública de justicia ascendiente a \$80. En ese supuesto, se produce un mismo costo total (\$140) que en el escenario donde se minimiza el gasto público de justicia (\$60) pero un menor coste privado de vulneración del debido proceso (\$24 < \$44). Bajo estas premisas, se optará por el estado social n.º 5.

Así, considerando todos los factores relevantes para afrontar el problema de protección del debido proceso, la solución no resulta completamente explicada por un tratamiento de minimización, revelándose insuficiente para entender la forma en que se conjugan los costos privados y públicos en la protección del debido proceso. Así, en el ejemplo anterior, un tratamiento de minimización no proporciona herramientas para resolver qué alternativa produce el nivel de gasto público adecuado para resguardar de mejor manera el costo privado de vulneración al debido proceso. En otras palabras, considerando todos los factores relevantes, el óptimo no se alcanza en el nivel que elegiría un legislador interesado en la protección del menor gasto público posible.

31 P. ej., CORREA SUTIL, J.; PEÑA GONZÁLEZ, C. y VARGAS VIANCOS, J. E., “¿Es la justicia un bien público?”, *Perspectivas*, 3, n.º 2, 2000, 401: “Sólo poniendo un precio a la justicia se evitará la litigación ineficiente y se salvará al sistema de su colapso. Ello, por supuesto, en nada se opone al establecimiento de subsidios directos en favor de las personas que carezcan de los recursos necesarios para proporcionarse este bien. De esta forma se podrá poner fin al carácter regresivo de la inversión en justicia”. Allí se explica que el carácter regresivo de los gastos de justicia se debe a que la inversión de justicia no va aparejada de un efecto disuasivo asociado a las externalidades que se producían por el sistema de administración de justicia. La regresividad del gasto es, por lo tanto, un problema desde la perspectiva de la oferta. Sin embargo, el establecimiento de desincentivos para demandar –por medio del establecimiento de tasas– tiende a solucionar el problema desde la perspectiva de la demanda.

Es evidente que en aquellos supuestos en donde no se encuentren en juego las reglas del debido proceso no habrá problema en que el legislador opte por un nivel de gastos que minimice la inversión pública en justicia. En esos supuestos regirá la visión del legislador auto-interesado que hemos mencionado.

De esta forma, cuando se encuentran involucradas consideraciones del debido proceso no podemos considerar socialmente deseable un estado de cosas que pura y simplemente conduzca a la mayor reducción de los costos totales involucrados. La eficiencia se pone a salvo de criterios de minimización con miras a respetar el debido proceso. Tampoco podemos utilizar una fórmula puramente economicista, como la de Posner, en tanto no considera todos los factores relevantes aplicables a la especie. Así, en caso de que se busque la protección de esas salvaguardas, una minimización de la inversión deberá ser desestimada como política socialmente deseable. El debido proceso debe ser resguardado en sus límites legales y constitucionales cualquiera sea el nivel de inversión requerido. No existe una cantidad de gasto que *a priori* satisfaga tal exigencia.

Esta última afirmación puede contradecir que lo único relevante en materia del debido proceso es la reducción del costo privado por la vulneración de la salvaguarda, lo que nos llevaría a sostener que la regulación del debido proceso exige un gasto público en inversión de justicia de tal valor que solamente atienda a reducir a su mínima expresión el elemento (L) de la ecuación 4, a cualquier costo que ello ocurra. Si esto es así, será insuficiente para tal protección encontrarnos en presencia de un estado social n.º 4 o 5. En efecto, en este caso, si el debido proceso impusiera la necesidad de evitar la producción de cualquier coste privado asociado a la vulneración de las salvaguarda, entonces dejaría de ser relevante el hecho de que lleguemos a un estado social en donde minimicemos u optimicemos los costos totales, tal como ocurre en los estados sociales n.º 4 o 5. Por el contrario, en esa visión deberíamos preocuparnos por llevar el elemento (L) a su punto más bajo posible, tal como ocurre en el estado social n.º 9^[32].

Lo anterior puede ser efectivo. Pero no podemos *a priori* dar una respuesta definitiva. En este sentido, el nivel de gasto público de justicia necesario para satisfacer las exigencias del debido proceso dependerá de cada regulación nacional y, en particular, de cada garantía. En algunos supuestos, (i) puede suceder que la legislación cumpla con el estándar del debido proceso alcanzando un punto de reducción de costos totales, lo que implica una ponderación entre costos sociales (B) y privados (L), tal como sucede en los estados sociales n.º 4 y 5; o bien, (ii) por el contrario, en otros casos, puede suceder que la legislación exija desatender los

32 Tal como hemos examinado, en ese punto se encuentra el nivel de máxima minimización del elemento (L). Cualquier gasto adicional en inversión pública de justicia (B) no reducirá el daño probable que sufrirá el sujeto por la vulneración de la garantía. En este sentido, un aumento de gasto público de \$80 (paso del estado social n.º 9 al n.º 10) no conduce a modificación alguna en el costo privado referido.

costos totales (B + L) y enfocarse únicamente en los costos privados (B), como ocurre en el estado social n.º 9.

Lo relevante –y de allí la importancia del examen de óptimo del supuesto (i)– es que un tratamiento de minimización de gasto público de justicia del debido proceso (B) no es aceptable si con una mayor inversión se alcanza un mismo nivel de costos totales (B + L) y una reducción en los costos privados (L). Por ello, el escenario óptimo (considerando todos los factores relevantes involucrados en un problema del debido proceso), entre los estados sociales n.º 4 y 5, corresponde al estado social n.º 5.

Las conclusiones anteriores fuerzan la idea principal de esta sub-sección en cuanto a que las exigencias del debido proceso deben ser resguardadas cualquiera que sea el nivel de gasto público en cuestión (estados sociales n.º 4 y 5) en el supuesto (i), así como cualquiera que sea el gasto total involucrado (estado social n.º 9) en el supuesto (ii).

Esto guarda relación con una expandida distinción entre principios jurídicos que puede explicar, desde la filosofía del derecho, la compatibilización entre debido proceso y eficiencia. Me refiero a la diferencia que Atienza y Manero han desarrollado entre principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas³³. Lo primero que deseo señalar respecto de esa distinción es que ambos autores, a diferencia de Dworkin, no excluyen del derecho a las directrices o normas programáticas (lo que para Dworkin son directrices políticas, como la eficiencia³⁴). Estas establecen “la obligatoriedad de perseguir determinados objetivos colectivos, esto es, maximizar *ciertos rasgos o propiedades del mundo social*”³⁵. Por tanto, podemos incluir a la eficiencia como un ejemplo de directrices programáticas o políticas, al buscar mejorar los índices de bienestar social, o bien de riqueza.

Seguidamente, y aquí lo relevante, para Atienza y Manero las directrices programáticas ceden frente los principios en sentido estricto, cuando se encuentran en oposición o conflicto. La razón para ello no solamente se encuentra en que los principios en sentido estricto establecen normas hipotéticas que generan deberes concluyentes (a pesar de que sus condiciones de aplicación no estarían determinadas), y por tanto serían una especie de reglas que generan deberes *prima facie*³⁶; sino, también, en que los principios en sentido estricto expresan valores últimos y no puramente utilitarios como ocurre en cambio con las directrices o normas programáticas. Esto significa que “todos y cada uno de los seres

33 Ver, en especial, ATIENZA RODRÍGUEZ, M. y MANERO, J. R., “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, n.º 10, 1991, 101-120; ATIENZA RODRÍGUEZ, M. y MANERO, J. R., “Rules and Principles Revisited”, en *Associations Journal for Legal and Social Theory*, 4, n.º 1, 2000, 147-156.

34 DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, 72-73.

35 MANERO, J. R., “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”, *Doxa*, 28, 2005, 345.

36 *Ibíd.*, 343.

humanos han de ser tratados como iguales en ciertos aspectos importantes y que esta exigencia igualitaria prevalece, imponiendo límites frente al diseño de políticas maximizadoras de cualquier tipo”³⁷. En otras palabras, los principios en sentido estricto permitirían un juicio axiológico más acorde con nuestras consideraciones morales (aquellas que suponen *que todos y cada uno de los seres humanos han de ser tratados como iguales en ciertos aspectos importantes*).

Pues bien, en esa taxonomía, el debido proceso se considera como un principio en sentido estricto que prevalece sobre la eficiencia. En este sentido, su reconocimiento y concretización impondría límites y bordes a la pretensión de alcanzar un óptimo, una minimización o una maximización como objetivo socialmente deseable. Veremos que esta concepción de primacía de los principios en sentido estricto (p. ej., debido proceso) respecto de las directrices programáticas (p. ej., eficiencia) se corresponde con la postura de Calabresi de dar preferencia, por medio de un poder de veto, a las consideraciones distributivas respecto de las pretensiones de eficiencia o bienestar, en aquellos supuestos en que concurren unas y otras. Por tanto, los límites que imponen los principios en sentido estricto a las directrices programáticas en Atienza y Manero corresponden al poder de veto de Calabresi. Tales límites o poderes de veto significarían mecanismos de compatibilización que son seguidos en este artículo, con base en consideraciones de Análisis Económico del Derecho.

La forma, entonces, en que participa el debido proceso respecto del óptimo de eficiencia procesal es en función de un poder de veto, utilizando la terminología de Calabresi³⁸. Esto es, constituye un filtro final para cualquier óptimo procesal de costos, de manera que solamente serán admisibles aquellos niveles de gasto público de justicia que permitan la obtención del debido resguardo de las garantías del debido proceso. En otras palabras, el poder de veto en el supuesto (i) impedirá entender que se puede resguardar el debido proceso en el estado social n.º 4, y en el supuesto (ii) se impedirá aceptar una regulación que no alcance el estado social n.º 9, aun cuando sea óptima de acuerdo a los estados sociales n.º 4 y 5.

De esta forma, el debido proceso constituiría un objetivo final del derecho procesal. Ese objetivo se transforma en el cedazo de la aceptabilidad de los instrumentos que vulneren tales exigencias. En concreto, la forma de llevar a cabo una regulación que dé cuenta de ese poder de veto es por medio del establecimiento de un umbral de aplicación de los criterios de eficiencia mediante los cuales el legislador persiga concretizar regulaciones legales específicas. Pues bien, en lo que aquí interesa, ese umbral de aplicación se traduce en que el legislador debe no favorecer aquella regulación adjetiva funcional u orgánica que

37 Ibid., 365.

38 CALABRESI, G., “The pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further”, *The Yale Law Review*, n.º 100, 1990-1991, 557-559.

afecte o vulnere garantías del debido proceso, aun existiendo razones de óptimo económico.

Conclusiones

En este trabajo nos hemos centrado en el Análisis Económico del Derecho como una herramienta para el legislador procesal. En ese contexto, los dos costos que intervienen en el proceso corresponden al costo del error en la decisión judicial y a los costos administrativos. La literatura especializada trata tales costos con un objetivo de minimización. Con todo, en este artículo se ha llamado la atención acerca de que los costos mencionados están inversamente relacionados; de esta forma, si queremos minimizar los costos del error tendremos que aumentar los costos administrativos, y viceversa.

Dada esa constatación, hemos desarrollado un tratamiento de óptimo de los costos procesales relevantes. Al concepto resultante lo hemos denominado óptimo de eficiencia procesal, que corresponde al objetivo ideal que debe perseguir todo legislador al momento de formular reglas adjetivas.

Con todo, tal óptimo debe resguardar las exigencias del debido proceso. En este sentido, no se admite un óptimo de eficiencia procesal que vulnere las exigencias del debido proceso. Tales exigencias constituyen un primer umbral distributivo de aplicación a la eficiencia. Por medio de su consecución se ha buscado compatibilizar exigencias distributivas (debido proceso) con instrumentos de eficiencia (óptimo procesal del legislador).

Bibliografía

- ATIENZA RODRÍGUEZ M. y MANERO, J. R. “Rules and principles revisited”, *Associations Journal for Legal and Social Theory*, 4, n.º 1, 2000, 147-156.
- ATIENZA RODRÍGUEZ M. y MANERO, J. R. “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, n.º 10, 1991, 101-120.
- BARROS BOURIE, E. “La responsabilidad civil como derecho privado”, *Revista de Estudios Públicos*, n.º 112, 2008, 309-338.
- BAYÓN MOHÍNO, J. C. “Eficiencia e inalienabilidad”, *Doxa*, n.º 15-16, 1994, 971-991.
- CABRILLO RODRÍGUEZ, F. *Quiebra y liquidación de empresas*, Madrid, Unión Editorial, 1989.

- CALABRESI, G. "The pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further", *The Yale Law Review*, n.º 100, 1990-1991, 1211-1237.
- CARRASCO DELGADO, N. "La contracautela: una mirada desde el Análisis Económico del Derecho procesal", *Revista de Derecho y Humanidades*, n.º 16, 2010, 171-184.
- CARRASCO DELGADO, N. *Análisis económico de las medidas cautelares civiles*, Santiago, Abeledo-Perrot, 2012.
- COOTER, R. y RUBINFELD, D. "Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution", *Journal of Economic Literature*, 27, n.º 3, 1989, 1067-1097.
- COOTER, R. y ULEN, T. *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CORREA SUTIL, J.; PEÑA GONZÁLEZ, C. y VARGAS VIANCOS, J. E. "¿Es la justicia un bien público?", *Perspectivas*, 3, n.º 2, 2000, 389-409.
- COSSIO DÍAZ, J. R. *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- DURÁN Y LALAGUNA, P. *Una aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Granada, Comares, 1992.
- DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- ESPARZA LEIBAR, L. *El principio del proceso debido*, tesis doctoral, Universitat Jaume I de Castellón, 1994.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- HUERTA MOLINA, J. M. "Reglas de costas y sanciones pecuniarias: un análisis económico para la reforma procesal civil en Chile", *Sistemas Judiciales CEJA*, n.º 13, 2008, 100-113.
- MANERO, J. R. "Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca", *Doxa*, 28, 2005, 341-365.
- MERCADO PACHECO, P. *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994.

- MERY NIETO, R. *Una aproximación teórica y empírica a la litigación civil en Chile*, 2006, disponible en: http://works.bepress.com/rafael_mery_nieto/1 (consultado el 11/07/2016).
- MOLINA LÓPEZ, R. “El debido proceso penal en Colombia y España”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40, n.º 112, 15-42.
- NIEVA FENOLL, J. “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2016, 2-23.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, Santiago, Librotecnia, 2007.
- NÚÑEZ OJEDA, R. “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”, *Ius et Praxis*, 14, 2008, 199-223.
- PASTOR PRIETO, S. *¡Ab de la Justicia! Política judicial y economía*, Madrid, Civitas, 1993.
- PASTOR PRIETO, S. *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989.
- POSNER, R. *El Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- RAMOS MÉNDEZ, F. *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*, Barcelona, Atelier, 2006.
- ROEMER SLOMIANSKI, A. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- SHAVELL, S. *Foundations of Economics Analysis of Law*, London, Harvard University Press, 2004.
- TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002.
- VELJANOVSKI, C. *Economía del derecho*, Santiago, Diego Portales, 2006.
- VOIGT, S. “Determinants of judicial efficiency: A survey”, *European Journal of Law and Economics*, 42, 2016, 183-208.