



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

ISSN: 2305-2546

Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP

Carrasco Delgado, Nicolás

Litigantes propensos al riesgo: manifestaciones de su participación en el proceso civil

Derecho PUCP, núm. 92, 2024, Junio-Noviembre, pp. 329-360

Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202401.010>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533678575010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

UPEM [redalyc.org](https://www.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

Litigantes propensos al riesgo: manifestaciones de su participación en el proceso civil

Risk Prone Litigators: Manifestations of Their Participation in the Civil Procedure

NICOLÁS CARRASCO DELGADO*

Universidad de Chile (Chile)

Resumen: El presente artículo desarrolla un marco teórico sobre la propensión del riesgo aplicada al litigio. De ese marco teórico se desprende que el propenso al riesgo demandará más que el adverso al riesgo; que cuando el propenso al riesgo es demandado, no reduce su propensión frente a alternativas de pérdida de escasa variabilidad en comparación con alternativas previas de pérdida de mayor variabilidad; y que genera mayores gastos procesales que personas con otros perfiles. Lo anterior produce mayores pérdidas sociales al acrecentar las externalidades negativas del litigio por la mayor divergencia entre el beneficio privado y social de litigar. Esto último se examina a propósito de las temáticas de los tribunales permanentes y la posibilidad de alcanzar acuerdos.

Palabras clave: Análisis económico del derecho, teoría prospectiva, perfiles de riesgo, derecho procesal, costos procesales

Abstract: This article develops a theoretical framework on the propensity for risk applied to litigation. From this theoretical framework, it follows that the risk prone will initiate legal proceedings more than those averse to it; that when the risk prone are sued, their propensity to risk does not decrease in the face of low variability chance of loss in comparison with previous chances of loss of greater variability; and that furthermore, they generate greater legal expenses than people of other risk profiles. The aforementioned causes greater social losses on increasing the negative externalities of litigation due to the greater divergence between its private and social benefits. The latter shall be examined regarding the issues of permanent courts and the possibility of reaching agreements.

Keywords: Economic analysis of law, prospect theory, risk profile, procedural law, procedural costs

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. POSICIONES SOBRE EL RIESGO.- II.1. UNA BREVE INTRODUCCIÓN A LOS PERFILES DE RIESGO.- II.2. ALGUNAS IDEAS DEL PROPENSO AL RIESGO EN EL JUICIO.- III. ¿ES DESEABLE QUE LITIGUE EN UN JUICIO UNA PERSONA PROPENSA AL RIESGO?.- III.1. DIVERGENCIA

* Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (Chile). Magíster por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (España). Profesor asociado de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Código ORCID: 0000-0001-9026-3266. Correo electrónico: ncarrasco@derecho.uchile.cl

I. INTRODUCCIÓN

La regulación del derecho sobre el riesgo, según algunos autores, parece centrada fundamentalmente en la normativa de seguros (Ríos, 2010), según la cual se distribuyen los riesgos en una gran cantidad de asegurados en un contexto normativo que requiere de la intervención del Estado a propósito de la fiscalización, las sanciones y la dictación de regulación técnicas. La doctrina especializada sostiene que uno de los presupuestos para el surgimiento de los seguros es que el asegurado sea adverso al riesgo, es decir, una persona que está dispuesta a pagar un monto total por la prima que sea superior al valor esperado del daño asegurado (Schäfer & Ott, 1991, pp. 264-270), en cuyo caso, según veremos, nos referiremos al costo esperado del riesgo. Por el contrario, los seguros no son contratados por personas a quienes les seduce el riesgo, quienes no están dispuestas a desprenderse de recursos para asegurar una pérdida esperada. Con todo, la temática del riesgo es también parte de otras instituciones jurídicas como los contratos aleatorios (Valdés, 2012) y la teoría de la imprevisión (Momberg, 2010), entre otras.

Asimismo, ese albur es estudiado por diversas disciplinas como la economía del comportamiento (Noll & Krier, 2020, pp. 325-354), la teoría de juegos (Schick, 1999, pp. 41-45) y la neurociencia (Maldonado *et al.*, 2016, pp. 289-293), entre muchas más. En este trabajo se introduce la temática del riesgo en materia procesal civil y, en específico, se examina lo que sucede con los sujetos renuentes al seguro, que son los propensos al riesgo.

Intuitivamente, podría parecer que la vinculación de las personas con el riesgo es irrelevante en el proceso civil y que hay otros factores más importantes para examinar cómo los litigantes enfrentan sus decisiones procesales. Con todo, en este artículo se desea evaluar la relevancia de los perfiles de riesgo sin desmerecer esos otros factores, dado que se ha demostrado que los perfiles de riesgo son inmodificables en la toma de decisiones procesales, por ejemplo, en materias tales como el acceso a la justicia, temática donde la ley no puede mejorar los índices de acceso si los potenciales demandantes tienen ciertas posiciones sobre el riesgo (Carrasco, 2023).

De seguir esa invariabilidad, las personas propensas al riesgo no se desprenderán de su naturaleza y actuarán como jugadores, teniendo, en la generalidad de los casos, una inclinación por aceptar como deseable la incertidumbre del azar. Bajo esa hipótesis se indaga en ciertas

instituciones procesales que permiten espacios de albur que pueden ser aprovechados por personas que poseen tal perfil de riesgo, hipotetizando sobre cuál debería ser su actuación en ese contexto.

El análisis sucesivo sobre la incidencia de los perfiles de riesgo en la litigación no significa ni se traduce en afirmar que los perfiles de riesgo determinan el curso de un proceso civil ni tampoco que constituyen el único factor a considerar en una teoría del caso o defensa. De hecho, en este artículo se mencionan esos perfiles en conjunto con una serie de otros elementos que también inciden en la litigación. Sin embargo, como indicamos, la relevancia particular que tienen los perfiles de riesgo se debe a que normalmente son un factor inescindible e inmodificable para el litigante, siendo complejo que las normas produzcan que las personas se comporten con un perfil distinto del que poseen. Por lo anterior, es interesante estudiar qué implicancias tiene asumir la propensión al riesgo en la litigación civil *ceteris paribus* de otros elementos.

El carácter inmodificable de estas posiciones frente al riesgo permite concebir que ellas operan como filtro final en la toma de decisiones procesales; es decir, una vez conjugados los otros factores (costos, probabilidades de ganar o perder, derechos involucrados, fortalezas y debilidades, etc.), la decisión final del litigante probablemente dependerá de si es propenso, adverso o neutral al riesgo. De esta forma, si un litigante acepta litigar con mayores incertezas, lo que subyace primordialmente en esa decisión es la propensión al riesgo.

Con todo, antes de pasar a nuestro foco de interés, es indispensable introducir las distintas posiciones frente al riesgo y señalar cómo es posible configurar un marco teórico en esta materia aplicable al proceso civil.

II. POSICIONES SOBRE EL RIESGO

II.1. Una breve introducción a los perfiles de riesgo

Las personas tienen diferentes actitudes frente a eventos futuros que pueden generar beneficios o pérdidas. Esos eventos ocurrirán con cierta probabilidad, existiendo eventos futuros cuya ocurrencia es más segura que otras. Para la economía los riesgos, *ex ante*, no son negativos ni positivos, sino que suponen una incertidumbre (afecta a probabilidad) que incidirá en un resultado futuro (Bodie *et al.*, 2014, pp. 117-123).

Por su parte, el derecho examina la temática de los riesgos a partir de los escenarios de incertidumbre que surgen de actos jurídicos o comerciales.

Un ejemplo de esto último acontece a propósito de los juegos del azar, que se estructuran con base en las preferencias acerca de la incertidumbre de esos eventos futuros. El Código Civil trata con escasa consideración

331

LITIGANTES
PROPENSOS
AL RIESGO:
MANIFESTACIONES
DE SU PARTICIPACIÓN
EN EL PROCESO CIVIL

RISK PRONE
LITIGATORS:
MANIFESTATIONS
OF THEIR
PARTICIPATION
IN THE CIVIL
PROCEDURE

a los juegos de azar que están prohibidos, estableciendo objeto ilícito por las deudas por ellos originadas (art. 1466) y quitando la posibilidad de acción por los créditos así obtenidos (libro IV, título XXXIII). De modo similar y adicional a esa normativa, el derecho chileno contiene diversas referencias en la materia¹.

Ahora bien, lo seductor de los juegos es la posibilidad de obtener altísimas sumas de dinero, pero con muy bajas probabilidades de ganar. Por tanto, una persona que tiene el dinero suficiente para comprar un ticket de lotería puede valorar dos escenarios alternativos: participar en la lotería o bien invertir ese dinero en algo que le traerá un resultado más seguro. En el primer caso, sus probabilidades son ínfimas frente a la posibilidad de hacerse millonario si es que apunta los números ganadores. En el segundo caso, sus probabilidades de ganar dinero son altísimas, pero la inversión se incrementará en valores insignificantes.

Los perfiles de riesgo tratan de resolver qué hará una persona frente a ese dilema. Si prefiere un valor seguro en comparación a un valor incierto de igual valor probable, entonces será adversa al riesgo. Si, en cambio, prefiere un valor incierto frente a un valor seguro de igual valor probable, entonces será propensa al riesgo. Finalmente, si manifiesta ser indiferente entre ambos escenarios, estaremos frente a una persona neutral al riesgo.

La diferencia entre cada una de ellas viene dada por la relación que una persona tiene entre un ingreso monetario y la utilidad marginal de ese ingreso cuando se presentan alternativas de ingresos ciertos e inciertos de igual valor esperado que el ingreso cierto (Carrasco, 2019a, pp. 89-90). Así, el adverso al riesgo estima que la utilidad de un ingreso monetario cierto es mayor que la utilidad esperada de un ingreso monetario incierto de igual valor (o sea, prefiere \$ 100 a la alternativa de obtener el 10 % de obtener \$ 1000). Si se mantiene indiferente entre ambas alternativas, será neutral (o sea, no tiene preferencia entre obtener \$ 100 o bien el 10 % de obtener \$ 1000); y es propenso al riesgo si tiene una preferencia por la utilidad esperada de un ingreso monetario incierto (o sea, prefiere el 10 % de obtener \$ 1000 a la alternativa de obtener \$ 100). En este

1 Entre otras normas pueden mencionarse: a) el artículo 63, numeral 19 de la Constitución Política de la República (1980), que dispone que quedan entregados a la ley la regulación de: «19) Las que regulen el funcionamiento de loterías, hipódromos y apuestas en general»; b) los artículos 1466, 2259 a 2263 del Código Civil, según los cuales hay objeto ilícito en las deudas contraídas en juegos de azar (art. 1466), lo que genera nulidad absoluta (de conformidad al artículo 1682 del Código Civil). Por su parte, las normas de los artículos 2259 a 2263 del Código Civil —tratadas en el párrafo 1 del título XXXIII del libro IV del Código Civil, que trata «Del juego y de la apuesta»—, refieren a los juegos lícitos, los que solamente producen excepción de pago, pero no acción; c) la Ley 19.995, que establece las bases generales para la autorización, el funcionamiento y la fiscalización de casinos de juego; y d) los artículos 275 a 279 del Código Penal, normas que conforman el título VI del libro II del Código Penal, que trata «De las infracciones de las leyes y reglamentos referentes a loterías, casas de juego y de préstamo sobre prendas».

punto, se debe distinguir entre el riesgo y el costo o el beneficio esperado del riesgo.

El riesgo es un evento incierto que puede impactar positiva o negativamente en un resultado futuro (como la probabilidad de 50 % de ganar o perder un juicio); en cambio, el costo o el beneficio esperado del riesgo multiplica esa probabilidad por el costo o beneficio asociado (multiplicar la probabilidad anterior por el monto de la pretensión). Así, la manera de definir los perfiles de riesgo en el párrafo anterior atiende al costo o beneficio esperado, y no al riesgo, en cuanto esos perfiles han sido conceptualizados a partir del costo o beneficio esperado de obtener una cierta cantidad de dinero (Posner, 2020, p. 103; Schäfer & Ott, 1991, pp. 100-105).

Se ha señalado que en ciertos casos es conveniente y racional ser propensos al riesgo o apostar, lo que ocurre cuando los riesgos que se asumen son calculados, como acontece con las compañías de seguros, donde los riesgos se disipan en una gran cantidad de sujetos asegurados (Binmore, 2011, p. 22), o bien cuando una empresa diversifica sus actividades (y riesgos) a través de diversas empresas filiales o coligadas (Posner, 2000, pp. 410-412), lo que debe ser ponderado por eventuales pérdidas de economías de escala².

En materia procesal, se ha sostenido que las normas procesales deben establecer reglas pensadas en el adverso al riesgo (Núñez & Carrasco, 2015, p. 602), ya que los sujetos que representan tales perfiles constituyen la forma más normal de ejercer una acción judicial (Cooter & Ulen, 2000, p. 81). Incluso, personas con propensión al riesgo han sido estudiadas como casos neuropsiquiátricos (Feinstein *et al.*, 2011, pp. 34-38). Por esa excepcionalidad, resulta sugerente examinar a las personas con propensión al riesgo en un contexto procesal.

II.2. Algunas ideas del propenso al riesgo en el juicio

Para desarrollar un marco de análisis acerca del riesgo en el proceso debemos indicar que en todo procedimiento jurisdiccional la sentencia definitiva corresponde al evento futuro respecto del cual surgen alternativas que poseen probabilidades de ganar o de perder. Para efectos de la explicación, las alternativas se pueden medir en una escala que va desde 0 (que refleja ninguna posibilidad de obtener un resultado favorable tanto para el demandante como para el demandado) hasta 1 (que refleja certidumbre en el resultado favorable tanto para el demandante como para el demandado). En lo sucesivo, para la

2 Las economías de escala ocurren cuando existen importantes niveles de inversión en costos fijos que generan niveles de producción que permiten una reducción sucesiva de los costos marginales y, por tanto, de los costos medios a medida que aumenta la producción.

explicación, vamos a suponer que la ganancia o pérdida del demandado se mide únicamente en términos pecuniarios³.

Un caso paradigmático es el supuesto en que el demandante posee un reconocimiento de la deuda por escritura pública del día anterior a la fecha en que inicia el juicio ejecutivo, en circunstancias en las que tanto él como el futuro demandado saben que este último no ha pagado la deuda. En este caso, el sujeto activo conoce que se encuentra en la escala en donde sus probabilidades de ganar son 1.0 y, por contrapartida, el demandado sabe que sus probabilidades de ganar son 0.

Este ejemplo es excepcional, toda vez que los casos reales presentan situaciones mixtas en donde las probabilidades de ambas partes no se encuentran en ninguno de esos dos extremos de la escala referida. Por ejemplo, en un caso de tuición en donde padre y madre se muestran como buenos criadores de acuerdo con el interés superior del niño, las alternativas para ambas partes pueden ser simétricas y cercanas a .05⁴.

Considerando ese marco de análisis, una primera aproximación a la propensión al riesgo busca medir la mutación de las preferencias de riesgo cuando las personas son enfrentadas a alternativas seguras y a alternativas probables. En este sentido, se ha demostrado que cuando las personas tienen que elegir entre una alternativa (digamos B) que es segura (ofrece a la persona recibir 2400 con probabilidad del 100 %) y otra alternativa (digamos A) que es probable (ofrece a la persona recibir 2500 con probabilidad del 33 % y recibir 2400 con probabilidad del 66 %), entonces se elige la alternativa segura (B).

Al respecto, Kahneman y Tversky (1987) llevaron a cabo un ejemplo en donde se dio a elegir a 72 alumnos entre distintas alternativas en dos problemas:

3 Esto no significa que el marco de análisis no sirva para asuntos civiles de cuantía indeterminada o cuyas materias no sean reconducibles a aspectos económicos. Lo anterior, porque en esos casos también existen probabilidades de ganar o de perder. El único elemento particular es que las asunciones de racionalidad asociadas a los perfiles de riesgo pueden diseminarse porque, en asuntos donde la pretensión no es directamente patrimonial, probablemente entrarán en juego consideraciones de venganza o de justicia que requieren análisis particulares que exceden el foco de este trabajo. Sobre el punto, véase Jollis *et al.* (2000, pp. 23-26). Por otro lado, conviene precisar que el análisis es aplicable a acciones constitutivas y declarativas, en la medida que las posibilidades de ganar o perder se reconduzcan a valores pecuniarios.

4 En estos casos, en ausencia de razones para sostener una de las tesis en juego, da lo mismo que la decisión se sustente en el azar. Al respecto, ver Elster (1999, pp. 95-96).

Problema 1: elegir entre...
A: 2500 con probabilidad .33 2400 con probabilidad .66 0 con probabilidad .01 B: 2400 seguras N = 72 (18) para A (82)* para B
Problema 2: elegir entre...
C: 2500 con probabilidad .33 0 con probabilidad .67 D: 2400 con probabilidad .34 0 con probabilidad .66 N = 72 (83)* para C (17) para D

Fuente: Kahneman y Tversky (1987, p. 98).

Se aprecia que en el problema 1, cuando las personas enfrentan una elección entre una alternativa de valor probable (A) y una alternativa de valor seguro (B), las preferencias son mayoritarias a favor de la alternativa segura (82 vs. 18).

La teoría prospectiva llama a este fenómeno «efecto de certidumbre», que significa que las personas ponderan de mejor manera aquellos resultados que conducen a una certeza versus aquellos resultados que son solamente probables (Kahneman & Tversky, 1987, pp. 97-98). Esa preferencia demostrada, de acuerdo con la metodología de la preferencia revelada, se mide por la disposición a favor de una cierta elección (Hausman, 2000, pp. 95-115). Lo anterior, queda reflejado en el problema 1, donde las personas prefieren la opción segura (alternativa B) frente a la opción probable (alternativa A), incluso a pesar de que la opción probable tiene un valor esperado superior⁵.

Ahora, si alteramos la formulación de una elección entre alternativas probables y seguras (A y B), transformándolas en una elección de ambas alternativas bajo probabilidades (a las que llamaremos C y D), entonces las preferencias se modifican de forma más drástica.

Así, en el problema 2 se enfrentan dos opciones probables y, por tanto, desaparece el efecto de certeza de una de las alternativas. En este caso, las personas terminan escogiendo la alternativa que representa el mayor valor esperado, aunque sea menos probable⁶. De este modo, se escoge

5 En este caso, la alternativa tiene un valor de 2409 ($2500 \times 0.33 = 825 + 2400 \times 0.66 = 1584$) versus 2400.

6 En el problema 2, la opción C tiene un valor probable de 825 (2500×0.33) versus la opción D, que tiene un valor probable de 816 (2400×0.34), eligiéndose mayormente la alternativa C, menos probable que D.

igualmente la opción más segura en términos de resultados, no de probabilidades.

De lo anterior se concluye que cuando las personas enfrentan alternativas de valor positivo —es decir, donde obtienen ganancias (como en las opciones A, B, C y D)—, entonces, en general, las personas son adversas al riesgo, prefiriendo las alternativas sin riesgos; o bien, si están afectas a riesgos, se prefiere la más segura en término de resultados esperados.

El asunto es que no todas las personas actúan de manera adversa al riesgo. Aquellos que siguen escogiendo las alternativas meramente probables escogen A en la elección entre A y B, o bien no cambian sus elecciones cuando una alternativa de valor cierto se transforma en una alternativa de valor probable en circunstancias que enfrentan otras dos alternativas construidas de este último modo (elección entre C y D, escogiendo D). Esas personas exhiben un comportamiento excepcional no ajustado al efecto de certidumbre: actúan como propensos al riesgo en el ámbito de las ganancias.

Ahora bien, la categorización de las personas como adversas al riesgo en el ámbito de las ganancias tiene plena vigencia en materia procesal y en específico en relación con el demandante.

Se ha sostenido que el demandante es uno de aquellos sujetos que típicamente visualizan alternativas positivas (como son las opciones A, B, C y D, toda vez que ellas ofrecen la certeza o la probabilidad de una ganancia), de modo que cualquiera de los pares de elecciones mencionados corresponde a escenarios que normalmente pondera un litigante racional antes de decidir demandar. También sabemos que esa probabilidad es uno de los factores que debería considerar, junto con la cuantía del asunto, la situación patrimonial de las partes, las probabilidades de la parte contraria y los costos privados del juicio (Núñez & Carrasco, 2015, pp. 596-602). Pero si asumiéramos, para los efectos de esta explicación, que los resultados de la ecuación dependieran solo de las probabilidades de ganar el juicio⁷, entonces un litigante adverso al riesgo no demandaría bajo probabilidades cercanas a 0, situación que, sin embargo, no desalentaría a un litigante propenso al riesgo. Tampoco se produciría este último efecto si por alguna razón varían las circunstancias concomitantes de la teoría del caso de una parte, de modo que teniendo originalmente una certeza de ganar el proceso, sus resultados pasan a ser meramente probables. Bajo esta perspectiva, frente a un mismo resultado probable (determinado por la aplicación de los otros factores que inciden en la litigación), la decisión de litigar o no dependerá de si la persona es o no adversa al riesgo. De esta forma, queda claro que el

7 Es decir, es el elemento de la ecuación que determina su resultado.

perfil de riesgo tiene alguna incidencia una vez aplicados todos los otros factores que determinan si las personas deciden acudir o no a la justicia.

Como síntesis de lo dicho, tendremos que el propenso al riesgo demandará más que el adverso al riesgo. La consecuencia de lo anterior es que habrá mayores costos sociales y privados, así como una mayor divergencia entre el interés privado de litigar y el interés social de ir al proceso, produciendo gastos regresivos y mayor pérdida de bienestar, según se explicará al tratar las instituciones procesales que aplican el marco teórico aquí desarrollado.

El análisis de los perfiles de riesgo en un juicio no es completo si no se examina lo que sucede con el demandado, quien a diferencia del demandante enfrenta en el juicio alternativas de dominio negativo. Es decir, un demandado enfrenta una escala que exhibe valores de signo negativo. En este sentido, para los fines de la explicación, se supondrá que concurren situaciones donde es completamente cierto para el demandado que perderá el proceso, en cuyo caso su posición se ubicará en el punto -1 de la escala; sin embargo, pueden acontecer situaciones donde el proceso no genere ninguna pérdida, en cuyo extremo su posición estará cercana al punto 0 de la escala.

Sobre esto último, la teoría prospectiva y otros trabajos (Fishburn & Kochenberg, 1979, pp. 503-518) han concluido a partir de estudios experimentales que la actitud racional de las personas frente a escenarios de pérdidas ciertas o probables, o bien frente a escenarios de no ganancia⁸, es la propensión hacia el resultado incierto de pérdidas. Es decir, en esos escenarios las personas se comportan como propensas al riesgo. Esto marca una diferencia con las preferencias de las personas frente a las ganancias que, como señalamos, es la de adversidad al riesgo.

Kahneman y Tversky (1987) demuestran lo anterior en un ejemplo con el que constataron que existe una preferencia por el riesgo de aceptar la alternativa de .80 de perder 4000 (opción A') frente a la alternativa de una pérdida segura de 3000 (opción B'), aunque esta última posea un valor esperado menor que la primera ($3200 > 3000$)⁹; es decir, se escoge la alternativa sujeta a mayor probabilidad, aunque signifique una mayor pérdida esperada para el elector.

337

LITIGANTES
PROPENSOS
AL RIESGO:
MANIFESTACIONES
DE SU PARTICIPACIÓN
EN EL PROCESO CIVIL

RISK PRONE
LITIGATORS:
MANIFESTATIONS
OF THEIR
PARTICIPATION
IN THE CIVIL
PROCEDURE

8 Con miras a comprender los supuestos en donde el resultado del curso de acción examinado es 0 o de conservación del *statu quo*.

9 Véase, en este sentido, el análisis de Kahneman y Tversky (1987, p.101).

Problema 3: elegir entre...

A': -4000 con probabilidad .80

B': -3000 seguras

N = 95

(92)* para A

(8) para B

Fuente: Kahneman y Tversky (1987, p. 100).

Con todo, esta atracción al riesgo en el dominio de pérdidas no siempre resulta cierta.

En ciertas hipótesis las alternativas de pérdidas presentan pequeñas diferencias, que no superan el valor esperado de cada una de ellas. En tales casos, los ejemplos que condujeron Kahneman y Tversky concluyeron que si las alternativas en juego corresponden a un .20 de perder 4000 (opción C') y un .25 de perder 3000 (opción D'), entonces existen personas que siguen eligiendo la opción C', que representa un valor esperado mayor a D' ($-800 > -750$). Ahora bien, la cantidad de personas que toman la alternativa C' se reduce (dejando de ser mayoritaria, como ocurría en el problema 3), cambio motivado porque la diferencia del valor esperado de ambas opciones es también menor, según consta a continuación.

Problema 4: elegir entre...

C': -4000 con probabilidad .20

D': -3000 con probabilidad .25

N = 95

(42) para C

(58)* para D

Fuente: Kahneman y Tversky (1987, p. 100).

¿De qué forma lo expuesto aplica respecto al propenso al riesgo? La respuesta se encuentra en que esas personas (que originalmente elegían A' en el problema 3) no modifican su elección, escogiendo la alternativa propensa al riesgo (C') en el problema 4.

Para comprobar esta hipótesis he realizado un experimento con mis alumnos de Derecho Procesal III, quienes ya conocían los elementos esenciales de los perfiles de riesgo y del acceso a la justicia. Los estudiantes que asistieron a la clase del 1 de junio de 2022 respondieron una serie de preguntas en la aplicación u-test del sistema u-cursos de la Universidad de Chile. Esas dos preguntas buscaban medir si la propensión al riesgo es la explicación preferente para aquellas personas que, enfrentadas a un problema como el 4, siguen escogiendo la elección propensa al riesgo (opción C'), ubicada en el dominio de las pérdidas. A tales estudiantes

se les formuló un primer problema (N.º 5), que es el mismo problema 4, siendo sus respuestas las siguientes:

Problema 5: elegir entre...
E: -4000 con probabilidad .20 F: -3000 con probabilidad de .25 N = 44 (13) para E (29)* para F

Fuente: Kahneman y Tversky (1987, p. 100).

Los resultados del problema 5 son similares a los resultados del problema 4. En efecto, las respuestas de ambas pruebas (la realizado por Kahneman y Tversky y la mía) presentan una desviación estándar¹⁰ que es estadísticamente insignificante¹¹.

Esos resultados permiten establecer una regularidad a favor de la propensión al riesgo en casos como los presentados, ya que los mismos resultados subsisten en diferentes culturas, frente a diversos encuestados y con años de distancia. La explicación para ello se encuentra en la invariabilidad que supone el actuar bajo un determinado perfil de riesgo.

En efecto, las elecciones a favor de D' en el problema 4 y de F en el problema 5 demuestran una propensión al riesgo, porque en ambas alternativas las pérdidas esperadas son menores (\$ 2250) a las pérdidas esperadas de las alternativas C' y E (\$ 3200), escogiendo los alumnos entre alternativas probables de pérdida aquella menos riesgosa; es decir, la que implica una mayor probabilidad de pérdida (25 % > 20 %), pero con un menor valor esperado.

Con miras a profundizar en la elección de las personas propensas al riesgo, se construyó una pregunta 6 que asocia características propias a una persona propensa. En este sentido, se solicitó a los estudiantes asumir que es un demandado y que desea «litigar a pesar de no tener mayores posibilidades de ganar». Los resultados que arrojó esta pregunta son los siguientes:

10 Al respecto, se ha seguido la fórmula típica de desviación estándar (DE), donde Σ representa la suma de x , que es un conjunto de datos; μ es la medida de esos datos dividida por N, que es el número total de antecedentes usados, a saber:

$$DE = \sqrt{\frac{\Sigma |X - \mu|^2}{N}}$$

11 En el trabajo de Kahneman y Tversky (1987) la desviación estándar respecto de D' es de 1.216119800, y en la pregunta 5 esa desviación a favor de F es de 1.01129979.

Problema 6: asuma que usted es demandado y desea litigar a pesar de no tener mayores posibilidades de ganar. Partiendo de esa premisa, escoja entre las siguientes opciones, a las que se enfrenta como demandado:

G: -4000 con probabilidad .20

H: -3000 con probabilidad .25

N = 44

(16) para G

(25)* para H

Fuente: elaboración propia.

Cabe precisar que en el problema 6 se pretendía probar dos hipótesis con la asignación de un rol específico de demandado propenso al riesgo. La primera era que las personas que antes tenían un comportamiento adverso al riesgo pasaban a comportarse como propensas al riesgo; y la segunda era examinar si las personas que habían respondido la pregunta 5 como propensas al riesgo mantenían esa calidad cuando se les pedía asumir formalmente tal perfil. Cabe indicar que los resultados de la pregunta 6 ratifican ambas hipótesis.

En primer lugar, quienes respondieron la pregunta 5 como propensos al riesgo (escogiendo D' y F), siguieron siendo propensos al riesgo cuando se les pidió asumir ese rol en la pregunta 6, lo que permite desprender que al responder la pregunta 5 eran genuinos propensos al riesgo. En segundo término, quienes en la pregunta 6 cambiaron su elección de perfil de riesgo de la pregunta 5, pasando de la adversidad a la propensión, lo hicieron debido al perfil que se les dio, no por otras causas (que no estaban incluidas en la pregunta).

De esta forma, se concluye que un individuo propenso al riesgo en juicio considera como alternativa válida en el proceso litigar a cualquier costo, sin consideración de las probabilidades de ganar que pueda tener.

Lo problemático de lo anterior es que el propenso al riesgo, en comparación al adverso al riesgo, produce las siguientes consecuencias en el proceso civil: a) el propenso al riesgo demandará más que el adverso porque asignará menor valor a las probabilidades de ganar; b) el propenso al riesgo que es demandado no reduce su propensión frente a alternativas de pérdida de escasa variabilidad en comparación con alternativas previas de pérdidas de mayor variabilidad, de modo que incluso sabiendo que va a perder insiste en evitar esa pérdida a cualquier costo (ver resultados de problemas 3 y 4); y c) el propenso al riesgo está dispuesto a invertir en gastos privados de justicia una mayor cantidad de recursos con miras a implementar estrategias judiciales neutras de corrección del error. En efecto, dado que el propenso al riesgo litiga a cualquier costo y bajo cualquier probabilidad de ganar, la inversión de recursos en juicio no tenderá necesariamente a la reducción del error,

sino a otras estrategias de desgaste de su contraparte o de dilación, según veremos al tratar los equivalentes jurisdiccionales.

Esas tres consecuencias implican que el propenso al riesgo genera mayores divergencias entre el beneficio privado y el beneficio social de demandar, haciendo más dispendiosa la jurisdicción, más regresivo el gasto judicial, y produciendo mayores pérdidas de bienestar. La conclusión es que un sistema de justicia con gratuidad de acceso, inexcusabilidad y mejoras de calidad que enfrentan a propensos al riesgo conduce a mayores desperdicios de recursos públicos, según se indagará a continuación a propósito de instituciones procesales particulares.

III. ¿ES DESEABLE QUE LITIGUE EN UN JUICIO UNA PERSONA PROPENSA AL RIESGO?

En este apartado se extiende el marco conceptual anterior a ciertas instituciones procesales. De esa aplicación surgirá la pregunta acerca de si es deseable que un propenso al riesgo participe en un proceso civil.

Es legítimo cuestionarnos aquello porque tal sujeto preferirá que la norma procesal le habilite el mayor espacio para comportamientos oportunistas y estratégicos donde pueda jugarse la suerte en cada decisión procesal. Por eso, la configuración de la norma procesal es relevante para saber si podremos limitar la actuación de sujetos con ese perfil.

En este sentido, el gran problema que enfrenta el proceso civil es que el propenso al riesgo se encuentra en condiciones de jugar su suerte e incurrir en ilegalidades con mayor probabilidad que los otros perfiles de riesgo. Esto ha sido documentado en la literatura especializada (Shavell, 2016, pp. 616-620). Evidentemente, en caso de que ello ocurra, tratarán de transitar desde la ilegalidad a una actuación aparentemente conforme a derecho.

Un ejemplo puede encontrarse en los incentivos que los agentes económicos poseen para generar pérdidas ínfimas a múltiples consumidores (las que implican grandes ganancias recíprocas para los agentes que adoptan esas prácticas), de modo de dificultar el ejercicio de las acciones judiciales de los afectados¹², todo amparado en la libertad de emprendimiento.

Lo anterior expone que la propensión al riesgo puede llegar al extremo de utilizar al derecho para infringirlo, aparentando el uso de instrumentos y

LITIGANTES
PROPENSOS
AL RIESGO:
MANIFESTACIONES
DE SU PARTICIPACIÓN
EN EL PROCESO CIVIL

RISK PRONE
LITIGATORS:
MANIFESTATIONS
OF THEIR
PARTICIPATION
IN THE CIVIL
PROCEDURE

12 Menell (1983) ha señalado que potenciales demandados pueden fijar su nivel de actividad en el punto en que a los eventuales demandantes (perjudicados por ese nivel de actividad) no les resulte rentable demandar (pp. 41-52).

medios legítimos. De ocurrir lo anterior, se verificará una situación típica de fraude de ley¹³.

En lo sucesivo se indagará cómo este litigante debería enfrentar ciertas instituciones procesales. Dado ese escenario, es fundamental determinar si el diseño o la regulación normativa facilita o no la actuación y las consecuencias que supone la intervención de un propenso al riesgo en el proceso civil. Las soluciones y las respuestas acerca de si es conveniente controlarlo serán materia de otro artículo. Pues bien, esta concretización del análisis del propenso al riesgo en el proceso civil será examinada a propósito de la regulación chilena sobre la divergencia entre el interés público y privado de demandar, el establecimiento de tribunales permanentes o arbitrales, la posibilidad de conciliar o alcanzar equivalentes jurisdiccionales, y la relación del abogado con su cliente. Se debe precisar que, dado que se ha desarrollado un marco teórico general para el propenso al riesgo, las consideraciones sucesivas sobre esas instituciones también pueden ser útiles para otras legislaciones distintas de la chilena.

III.1. Divergencia entre el interés público y privado de demandar

Una de las materias comunes en todo manual de análisis económico del derecho (AED) cuando trata los temas de litigación refiere a la discusión estratégica entre demandar o ir a juicio. Normalmente, esos libros enfocan el problema desde la perspectiva de los beneficios privados (ganancias probables o ahorro de pérdidas probables que el litigio implica para el demandante y demandado) y costos privados de litigar (gastos o desembolsos que las partes realizan para llevar a cabo su litigación)¹⁴.

Bajo este prisma, la opción de ir a juicio es racional cuando los beneficios privados igualan o superan a los costos privados, alcanzándose el punto óptimo cuando el beneficio privado marginal (el provecho que el litigante obtiene del último recurso invertido en litigio) se iguala con el costo privado marginal de ir a juicio (el costo que tiene el último peso invertido en juicio).

Sin embargo, la literatura de AED, desde fines de la década de los años setenta, ha sostenido que los beneficios y costos privados difieren de los beneficios y costos sociales de litigar (Shavell, 1982; Kaplow, 1985; Menell, 1983). En este sentido, los beneficios sociales atienden

¹³ Una conducta cometida en fraude de ley es aquella que aparenta respetar la legalidad, ejecutada en un contexto de normas permisivas, pero que al considerar todos los factores permite concluir que se está frente a una conducta atentatoria contra el ordenamiento jurídico. Sobre el tema, véase Atienza y Ruiz (2006, pp. 27-28).

¹⁴ Para un desarrollo de estas ideas, véase Shavell (2016, pp. 433-435), Cooter y Ulen (2008, pp. 571-576), y Gico (2021, pp. 126-146).

a los precedentes y las externalidades positivas que van asociadas al ejercicio jurisdiccional como certezas jurídicas y definición de pautas de comportamiento. Por su parte, los costos sociales reflejan los desembolsos que realiza el Estado para poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional. Es claro que esos beneficios y costos sociales suponen una suerte de subsidio (en el caso de los costos sociales) y una externalidad positiva de escasa implicancia en el provecho para el litigante concreto (en el caso de los beneficios sociales).

En efecto, cuando concurren subsidios, aumenta el nivel de actividad de la persona subsidiada al no estar soportando todos los costos de sus actuaciones, pudiendo llevar su comportamiento a una cantidad excesiva. Por ejemplo, en lo que interesa en este artículo, ese subsidio implica que los demandantes ejercen una cantidad de acciones ante los tribunales que es superior a la óptima, o bien que los demandados formulan defensas en una cantidad y con una intensidad que son superiores a las socialmente deseables, sean o no meritorias esas acciones o defensas en ambos casos. Así, los subsidios alteran los incentivos privados a gastar en juicio porque modifican la evaluación que el litigante realiza acerca de invertir en el proceso hasta el punto en donde el beneficio privado se iguale con su costo privado (Shavell, 2016, p. 462). Lo anterior debe morigerarse tanto en supuestos donde los subsidios se necesiten para promover el ejercicio de acciones judiciales que generan mayores beneficios sociales (Kaplow & Shavell, 2002, pp. 232-241) como en materia de consumo.

Como consecuencia, el subsidio en el litigio incide en la manera en que se percibe el riesgo porque el costo esperado del riesgo será menor si parte de ese costo no es soportado por el litigante. De este modo, el subsidio fortalece el perfil del propenso al riesgo y hará posible que ciertos adversos o neutrales al riesgo puedan tener comportamientos menos sensibles al costo esperado, actuando por tanto como un litigante con mayor propensión. Esto último no es necesariamente negativo, como se indicó, en la medida que el subsidio permita alcanzar un beneficio social mayor.

Por su parte, cuando existen externalidades positivas como los precedentes, la comunidad toda es beneficiaria de la decisión, de modo que la utilidad para un demandante específico es ínfima, una vez descontado el beneficio privado. El problema es que esas externalidades positivas son difíciles de generar en países pertenecientes al sistema del *civil law*, en atención al rol preponderante que posee el caso concreto en la decisión judicial¹⁵. Ello ha conducido a que la doctrina haya

LITIGANTES
PROPENSOS
AL RIESGO:
MANIFESTACIONES
DE SU PARTICIPACIÓN
EN EL PROCESO CIVIL

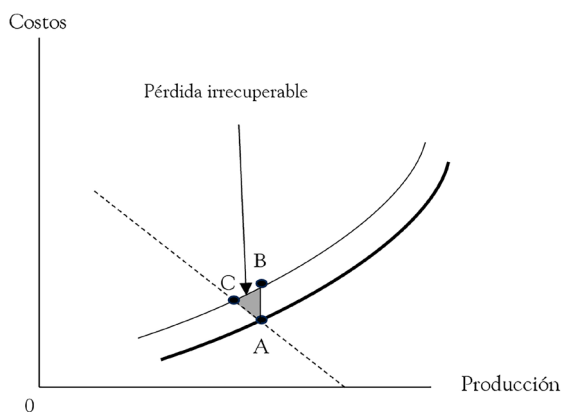
RISK PRONE
LITIGATORS:
MANIFESTATIONS
OF THEIR
PARTICIPATION
IN THE CIVIL
PROCEDURE

15 Según reconoce Atria (2016, pp. 315-316). En Chile ello se manifiesta en el artículo 3, inciso 2 del Código Civil, que contempla el efecto relativo de las sentencias e indica que las sentencias solamente tienen fuerza obligatoria «en las causas en que actualmente se pronunciaren». En el mismo sentido,

buscado formas de generar mayor certeza jurídica por vías de justificar el precedente con base en el principio de igualdad (Garrido, 2009), en un contexto donde se han verificado desviaciones a esa certeza jurídica (Carbonell, 2022), aunque no existen estudios empíricos que midan la entidad de la imprevisibilidad de las decisiones. Esa imprevisibilidad también incide en la manera en que se percibe el riesgo porque aumenta la volatilidad en el resultado del proceso.

Siguiendo lo anterior, cuando los incentivos privados están desalineados de los objetivos sociales, las personas actuarán en el litigio más de lo que es deseable en términos de bienestar social. Al respecto, entenderemos que esto último sucede siempre que los costos sociales generados por el litigio superen los beneficios privados y beneficios sociales de litigar. De esta manera, un litigante propenso al riesgo, cuando inicia una acción ante los tribunales, conduce a costos sociales gastados en provechos meramente privados, o bien, costos sociales gastados sin ningún beneficiario directo. Lo anterior trae consigo pérdidas netas de bienestar que¹⁶, en el siguiente gráfico, corresponden al triángulo generado por los puntos A, B y C.

Figura 1. Pérdida irrecuperable de bienestar por el ejercicio de acciones judiciales por un neutral al riesgo



Fuente: elaboración propia.

La figura 1 contiene un ejemplo típico de divergencia entre el costo marginal privado (curva negra más intensa) y el costo marginal social (curva negra menos intensa). Al respecto, esas dos curvas tienen una

la literatura ha sostenido que en países del *common law* se verifica un mayor nivel de predictibilidad en las decisiones (Cooter & Ulen, 2020, pp. 642-644).

16 Que en términos simples significa menos riqueza en una sociedad determinada.

345

LITIGANTES
PROPENSOS
AL RIESGO:
MANIFESTACIONES
DE SU PARTICIPACIÓN
EN EL PROCESO CIVILRISK PRONE
LITIGATORS:
MANIFESTATIONS
OF THEIR
PARTICIPATION
IN THE CIVIL
PROCEDURE

pendiente ascendente, demostrando que ambas crecen a medida que aumenta la producción (eje horizontal)¹⁷. Asimismo, se describe la curva de beneficio marginal (curva punteada), que por simplicidad y para efectos de la explicación se asumirá que comprende tanto el beneficio marginal social como el beneficio marginal privado. Esa curva tiene pendiente descendente como consecuencia de la ley de la utilidad marginal decreciente de los ingresos; es decir, como consecuencia de que a medida que aumenta la producción, existen menores niveles de utilidad.

Pues bien, como se aprecia en la figura 1, la curva de costo marginal social se encuentra sobre la curva de costo marginal privado, significando que los desembolsos que destina el demandante particular para iniciar un proceso no comprenden todos los gastos que genera ese proceso. Así, el valor de cada incidente o de cada proceso adicional no está comprendido en el gasto que realiza el demandante, sino que existen costos que él no soporta y que sí son desembolsados por el Estado o por alguien más.

Entonces, la actuación del demandante produce la pérdida de bienestar social que hemos referido porque los costos no están compensados por beneficios. Tal pérdida de bienestar es irre recuperable y se manifiesta en el triángulo que se forma entre los puntos A, B y C.

Respecto del triángulo de la figura 1, si el nivel de actividad del demandante se ubica en la proyección del punto A en el eje horizontal, entonces el costo marginal social por la demanda intentada corresponde al punto B. Sin embargo, el punto B refleja que ese costo marginal social no se encuentra compensado por sus beneficios. De hecho, en el gráfico 1, el punto B se ubica a la izquierda de la intersección entre beneficio marginal social y costo marginal social, que es el punto C. De esta forma, el área conformada por A, B y C se traduce en una pérdida de bienestar social que no tiene justificación en beneficio alguno. Llámese la atención sobre que, en este caso, la pérdida de bienestar social se genera incluso cuando el costo marginal privado está justificado por los beneficios marginales, toda vez que A se encuentra en el punto de intersección entre costo marginal privado y beneficio marginal social; es decir, la pérdida social se produce incluso cuando la litigación individual es óptima desde un punto de vista de la eficiencia individual.

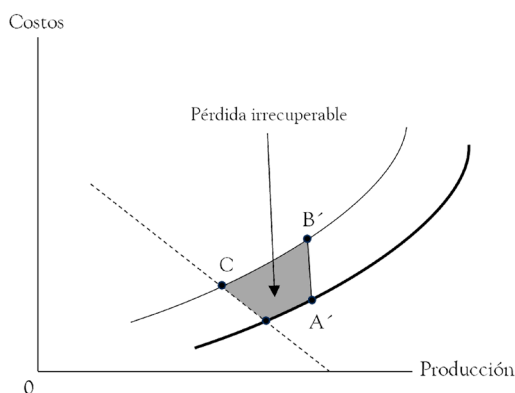
Según consta en el título de la figura 1, esta refleja el nivel de actividad procesal de un demandante neutral al riesgo. Por tanto, siguiendo lo explicado, el nivel de actividad de un propenso al riesgo se desplazará hacia la izquierda del punto A (punto que se llamará «A'»), originándose

17 Por ejemplo, esto puede ser medido tanto a nivel de un juicio individual, entendiendo que existe mayor producción como sinónimo de mayor litigiosidad; o bien a nivel agregado de los casos ante un tribunal, entendiéndose que existe mayor producción como sinónimo de mayor cantidad de procesos iniciados.

un área de pérdida de bienestar social mayor que el examinado en la figura 1.

Ello se demuestra en la figura 2, donde se aprecia que la actuación del propenso al riesgo produce una pérdida de eficiencia a nivel social, dado que los costos marginales sociales no están justificados por beneficios marginales (B' se encuentra a la izquierda de C); y también produce una pérdida de eficiencia a nivel privado, dado que los costos marginales privados no están justificados por beneficios marginales (A' se encuentra a la izquierda de C).

Figura 2. Pérdida irrecuperable de bienestar por el ejercicio de acciones judiciales por un propenso al riesgo



Fuente: elaboración propia.

Dado que el área de pérdida irrecuperable de bienestar que se manifiesta en la figura 2 es mayor que el área respectiva de la figura 1, podemos concluir que enfrentar en un proceso civil a un litigante propenso al riesgo conduce a mayores pérdidas de bienestar que si litiga una parte que no tuviera ese perfil de riesgo, según se explicó en el apartado II.2. Por tanto, una normativa que no establezca reglas para precaver actuaciones de demandantes propensos al riesgo generará el efecto indeseado que se ha manifestado en los gráficos precedentes. En la actualidad, la normativa chilena no contempla una regulación exhaustiva para hacer frente a esas consecuencias, de modo que es plausible que la hipótesis desarrollada se esté verificando en la práctica.

En efecto, las instituciones procesales que la legislación podría utilizar con la finalidad de precaver actuaciones de propensos al riesgo las podemos clasificar en aquellas que conducen al fracaso temprano o en

definitiva de la pretensión, y aquellos mecanismos que desincentivan una litigación temeraria.

Respecto del primer tipo, una institución procesal que permite filtrar acciones no meritorias corresponde al examen de admisibilidad de la acción intentada, que no se contempla en el procedimiento civil ordinario en Chile; por el contrario, en procedimientos civiles especiales sí se establece dónde en esta etapa se controlan aspectos de fondo que buscan asegurar que el asunto se enmarque en la materia específica que debe ser conocida por su intermedio¹⁸. La carencia de una evaluación de admisibilidad en el procedimiento civil ordinario ha sido objeto de críticas por la doctrina respecto de cuestiones procesales específicas como la legitimación, promoviéndose que ese tipo de materias sean resueltas en momentos iniciales del procedimiento (Figueroa, 1997). En esta línea, la ausencia de esta etapa favorece comportamientos propensos al riesgo porque reduce los filtros normativos que evalúan directa o indirectamente la plausibilidad de la pretensión o de sus aspectos formales. De esta manera, si existen diversos procedimientos para conocer de una cierta materia (por ejemplo, en Chile, para el cobro de una acreencia, son admisibles tanto el procedimiento ordinario como los procedimientos concursales), entonces el propenso al riesgo instará por aquellos que no dispongan mecanismos de admisibilidad porque de esa manera se disminuye el costo esperado del riesgo.

Otro mecanismo que determina la procedencia de las pretensiones o defensas (aunque, en este caso, rige en la sentencia definitiva y no en etapas iniciales) corresponde al estándar de prueba, que determina el umbral en virtud del cual una cierta proposición sobre un hecho se encuentra acreditada (Larroucau, 2012, p. 783). Como se sabe, existen diversos estándares de prueba que distribuyen de manera diferenciada el riesgo del error. Lo anterior influye en las decisiones de litigación de las partes porque la parte que tiene la carga de prueba en un procedimiento (por regla general, el demandante o sujeto activo) preferirá litigar en aquellos procedimientos donde el estándar de prueba sea menor. En esta línea se ha demostrado que un cambio de estándar de prueba penal, o de prueba clara y concluyente, por un estándar de prueba civil favorece al sujeto activo y perjudica al sujeto pasivo (Carrasco, 2019b). Esa misma decisión aplica en aquellos supuestos donde la materia puede ser discutida en procedimientos en los que rigen estándares de prueba distintos. Así sucede con los delitos de acción penal privada, donde la víctima puede preferir el ejercicio de una acción civil o bien querellarse en sede penal. Si bien la finalidad de ambos procedimientos es diversa, la

LITIGANTES
PROPENSOS
AL RIESGO:
MANIFESTACIONES
DE SU PARTICIPACIÓN
EN EL PROCESO CIVIL

RISK PRONE
LITIGATORS:
MANIFESTATIONS
OF THEIR
PARTICIPATION
IN THE CIVIL
PROCEDURE

18 Como sucede con la etapa de admisibilidad en el procedimiento de reclamación ambiental (Ley 20.600, art. 27), con la etapa de admisibilidad en el procedimiento preventivo de libre competencia (Decreto Ley 211, art. 31), y la admisibilidad de oficio que realiza el Tribunal Tributario y Aduanero en el procedimiento de reclamaciones (Código Tributario, art. 125, inc. 2), entre otros.

ley asume que, en cierto sentido, son incompatibles porque el ejercicio de la acción civil extingue la acción penal privada (Código Procesal Penal, art. 66). También ello acontece en libre competencia, donde ciertas conductas de riesgo anticompetitivo (Decreto Ley 211, arts. 3, inc. 1; y 18, num. 2) pueden ser materia de un procedimiento contencioso o de un procedimiento no contencioso de libre competencia, rigiendo en el primero un estándar de prueba clara y concluyente, que es mayor que el de prueba convincente que se aplica en el segundo (Gárate, 2022, pp. 103-105). Al respecto, cualquiera sea el perfil de riesgo del litigante que es sujeto activo, por racionalidad siempre preferirá litigar bajo un estándar de prueba más bajo. No obstante, un demandante propenso al riesgo favorecerá esa opción con mayor frecuencia porque incluso litigará cuando sus probabilidades de vencer sean escasas, escenario que no se verifica respecto del adverso al riesgo por el efecto de certidumbre tratado en el apartado II.2.

Respecto de los mecanismos que desincentivan la litigación, las legislaciones pueden hacer uso de diversas instituciones procesales. En Chile se contemplan las costas, aunque otros países también disponen de regulación de tasas.

Respecto de las costas, el Tribunal Constitucional ha explicitado que su función es desincentivar la litigación temeraria (STC 1557-2009-INA). Con todo, el establecimiento de un sistema subjetivo como el chileno, donde la condena en costas en la sentencia de primera instancia y en los incidentes depende de que el tribunal considere que una parte ha litigado sin «motivos plausibles» (Código de Procesamiento Civil, art. 144), aminora el efecto que pudiera tener este instrumento. Lo anterior debido a que es difícil anticipar en qué casos habrá motivos plausibles en las posiciones de la contraparte, lo que, sumado a que la jurisprudencia ha indicado que la definición de esos motivos no son materia de casación en el fondo, dificulta la generación de pautas uniformes por la Corte Suprema (Cortez & Palomo, 2018, p. 442). Un régimen más objetivo, como el inglés (donde la parte perdedora paga las costas del vencedor) o el norteamericano (donde cada parte paga sus costas), entregaría señales más claras a los litigantes en cuanto a las decisiones de litigar o negociar (Hughes & Snyder, 1995). El hecho de que las costas en Chile no cumplan un fin disuasivo abre un mayor espacio para el ejercicio de acciones no meritorias de sujetos propensos al riesgo porque el costo esperado del riesgo será menor en comparación con un sistema donde exista mayor previsibilidad en la materia.

Otra institución que se ha utilizado en derecho comparado corresponde a las tasas, que en un sentido amplio pueden ser entendidas como aquellos pagos o desembolsos que las partes deben realizar para llevar a cabo actuaciones procesales específicas o para acceder a instancias

superiores. Se ha discutido la naturaleza jurídica de las tasas en cuanto a si son impuestos, depósitos o consignaciones (Lewis, 2014, pp. 241-242), aunque en cualquiera de esas hipótesis las tasas gravan el acceso a la justicia con la finalidad de filtrar aquellas acciones que pudieran no ser meritorias o bien aquellas que no justifican su judicialización. En este sentido, las tasas óptimas deberían conducir a que «el litigante internalice todos los costos y beneficios de sus decisiones de demandar usando el sistema judicial» (Mery, 2015, p. 112). Esa internalización supone que el litigante asuma parte de los costos sociales de litigar y, por tanto, solamente litigaría aquellos casos donde los beneficios superan esos costos. Con todo, ese gasto adicional podría disuadir la demanda de litigantes adversos al riesgo que no puedan financiar los costes totales del proceso (incluyendo las tasas), aunque de existir altas probabilidades de ganar podrían acceder a contratos de honorario de cuota litis donde traspasa esos costos (y el riesgo asociado a la pérdida del juicio) al abogado (según se verá en el apartado III.4). Las mismas opciones existen para el litigante propenso al riesgo, aun cuando, como hemos expresado, el incremento en el costo esperado del riesgo no es un factor que necesariamente lo disuada de litigar.

LITIGANTES
PROPENSOS
AL RIESGO:
MANIFESTACIONES
DE SU PARTICIPACIÓN
EN EL PROCESO CIVIL

RISK PRONE
LITIGATORS:
MANIFESTATIONS
OF THEIR
PARTICIPATION
IN THE CIVIL
PROCEDURE

III.2. ¿Tribunales permanentes o arbitrales?

La hipótesis anterior puede ser examinada conceptualmente respecto de una de las decisiones relevantes que deben adoptar todos los litigantes acerca de si preferir un tribunal permanente o uno de tipo accidental como los árbitros.

La pregunta que surge es si los propensos al riesgo, adicionalmente a los otros factores que inciden en la litigación, prefieren demandar ante un tribunal permanente o ante un tribunal arbitral. Esta interrogante define el nivel de intervención de las partes en la persona que conocerá del conflicto y a los litigantes les interesa que el juez esté de acuerdo con sus posiciones. Dicho interés subyace en el fenómeno del *forum shopping*, donde las partes utilizan las reglas de competencia para elegir a aquellos tribunales que probablemente decidan sus pretensiones de manera favorable (Baird, 1987, pp. 815-834). El fenómeno del *forum shopping*, en general, tiene aplicación ante tribunales arbitrales y, con ciertas particularidades, ante tribunales permanentes.

De hecho, se verifican situaciones de *forum shopping* en el caso de los tribunales permanentes chilenos, dada la posibilidad que tienen las partes de elegir el tribunal que conocerá de un conflicto en casos de prórroga de competencia y cuando la ley admite supuestos de competencia acumulativa¹⁹. Con todo, aunque las partes pueden escoger el tribunal

19 Tipo de competencia que se verifica cuando, luego de aplicadas las reglas de competencia absoluta y relativa, dos o más tribunales tienen competencia simultáneamente para conocer de un mismo asunto. Al respecto, ver Alessandri (1936, p. 316).

en ciertos supuestos, no existe la posibilidad de que puedan influir en la persona del juez que resolverá. En efecto, los tribunales permanentes son servidos por uno o por varios jueces, o sea, orgánicamente, tienen una composición unipersonal o pluripersonal en su funcionamiento y, además, por razones ajenas a la voluntad de las partes, puede ocurrir que el juez que resuelva un asunto no sea el mismo que lo conoció (por ascenso, jubilación, remoción, renuncia, etc.). Esto último, sin embargo, se encuentra limitado en aquellos tribunales que conocen de procedimientos orales, donde las exigencias de inmediación imponen la necesidad, bajo sanción de nulidad, de que aquellos jueces que conocieron del juicio o audiencia oral sean los mismos que lo resuelvan en definitiva²⁰.

Las normas de designación y mantención en el cargo de los jueces que forman parte de tribunales permanentes son complementadas con reglas que buscan asegurar que los jueces sean imparciales. En el derecho procesal chileno tal objetivo se logra por medio de causales de impugnancias y recusaciones que permiten inhabilitar a un juez en atención a sus vínculos con el conflicto o con alguna de las partes (Romero, 2011, pp. 518-520). La legitimación para hacer valer las reglas de impugnancia y recusación corresponden tanto al juez como a la parte perjudicada, y como la detección de la inhabilidad puede ser difícil para las partes, se establecen tipos penales que sancionan al juez que participa en un procedimiento cuando les afecta una causal de impugnancia. Asimismo, tales reglas de impugnancia están consideradas como verdaderas normas prohibitivas de actuación de los jueces (Larroucau, 2020, pp. 145-146).

Una característica fundamental de las referidas reglas de inhabilidad es que ellas son objetivas; es decir, no dependen del mero comportamiento de las partes antes o durante el proceso. O sea, las partes no pueden realizar actuaciones por sí y ante sí con la finalidad de crear una causal de impugnancia o recusación con el objeto de impedir la actividad jurisdiccional de un juez que no resulta favorable a sus intereses. Un elemento que fortalece aún más esa vocación de permanencia corresponde a las reglas de preclusión de los incidentes de impugnancia y recusación²¹.

20 Por ejemplo, la causal literal a del artículo 374 del Código Procesal Penal establece que será un motivo absoluto de nulidad el que la sentencia se hubiera pronunciado con la «concurencia de jueces que no hubieren asistido al juicio».

21 El artículo 114 del Código de Procedimiento Civil dispone que la declaración de impugnancia o recusación, cuando haya de fundarse en causal legal, deberá pedirse antes de toda gestión que atañe al fondo del negocio, o antes de que comience a actuar la persona contra quien se dirige. Incluso su inciso 2 sanciona con multas a beneficio fiscal a la parte que haya retardado el reclamo de la impugnancia. Asimismo, en el caso de que los jueces hagan constar en el proceso las causales de recusación que los afecten, la parte afectada con esas causales tendrá únicamente un plazo de cinco días para hacer valer la recusación, so pena de tenerse por precluido ese derecho (Código Orgánico de Tribunales, art. 199 [en relación con el artículo 125 del Código de Procedimiento Civil]).

351

Situación diversa ocurre ante los tribunales arbitrales. La regla general es que esos tribunales son escogidos por las partes. Por tanto, a diferencia de lo que acontece con los tribunales permanentes, los interesados sí tienen un rol preponderante en determinar quién será la persona que ejerza la calidad de juez. Los tribunales arbitrales también se encuentran afectos a reglas de inhabilidad, las que constituyen el resguardo necesario frente al rol preponderante de las partes en la designación de los jueces. Sin embargo, la legislación chilena no establece un estatuto normativo detallado y especial de impugnancias o recusaciones respecto de los árbitros, o que flexibilice las reglas de preclusión respecto al momento en el cual hacer valer tales inhabilidades. Estas dos cuestiones no dejan de ser importantes porque a las dificultades normales en la detección de las causales de inhabilidad se suma la complejidad de determinar la persona que accidentalmente servirá el cargo de juez (en calidad de árbitro).

Por otro lado, en el caso de los jueces árbitros, las partes tienen un rol fundamental no solo en la designación, sino en la terminación del compromiso que origina el arbitraje. Esto refuerza el carácter precario del funcionamiento del juez árbitro. Las normas orgánicas del sistema arbitral chileno sobre terminación del arbitraje (Código Orgánico de Tribunales, arts. 240-242) señalan que se extingue el compromiso si el árbitro «es maltratado o injuriado por algunas de las partes» (art. 240, num. 2). Si bien no existe evidencia acerca de que esta regla sea usada habitualmente, carece de sentido que la normativa procesal establezca un incentivo para que aquellas partes que estén disconformes con la actividad judicial de un árbitro puedan dar término al arbitraje. Lo que en el caso de los tribunales permanentes está regulado como un supuesto en donde la única perdedora con tales actos es la parte que maltrata o injuria²², en el caso de los tribunales arbitrales abre la posibilidad de que la contraparte de quien maltrata o injuria, ya que por la causal de terminación del arbitraje que se analiza dejará, probablemente, de tener a un juez que lícitamente se estaría convenciendo de la posición que incomodaba a su contraria (de otro modo, no se justificarían los actos de maltrato o injuria).

Con ese escenario resulta evidente que si un propenso al riesgo se encuentra en la necesidad de demandar, además del resto de los otros factores que se consideran en esa decisión, buscará incidir en la elección del árbitro por medio del compromiso o la cláusula compromisoria. Lo problemático, según se señaló, es que la ley procesal admite como posibilidad que en caso de que resulte errada la elección, tiene la opción (solo dependiente de él) de terminar el arbitraje, invocando cualquier excusa que justifique su maltrato o injuria. En este sentido, dado que un

LITIGANTES
PROPENSOS
AL RIESGO:
MANIFESTACIONES
DE SU PARTICIPACIÓN
EN EL PROCESO CIVIL

RISK PRONE
LITIGATORS:
MANIFESTATIONS
OF THEIR
PARTICIPATION
IN THE CIVIL
PROCEDURE

22 Por medio de reglas de sanciones disciplinarias, como aquellas contenidas en los artículos 530 y 531 del Código Orgánico de Tribunales, y de reglas penales asociadas a los delitos que esos actos pueden traer consigo.

propenso al riesgo valora de mayor manera el escenario incierto que el escenario cierto, entonces es racional que acepte el riesgo de tener un nuevo juez que conozca de su conflicto si las expectativas de seguir con el actual no lo favorecían.

De hecho, el escenario anterior es uno que puede ser modelado a partir del efecto de certidumbre examinado en el apartado II.2. Si un propenso al riesgo sabe que el juez árbitro no favorecerá su posición en juicio, entonces enfrentará una alternativa de pérdida cierta. En ese escenario, preferirá la alternativa de cambiar ese árbitro porque de ese modo la ley procesal le entrega la posibilidad de elegir un nuevo árbitro que, aunque no lo conozca, le dé una nueva chance u oportunidad de que pueda (incluso, probabilísticamente) aceptar su posición.

Si, para efectos de la explicación, modelamos numéricamente la decisión del demandado propenso al riesgo cuando adquiere la certeza durante el juicio de que el juez no favorecerá su posición, entonces la expectativa que tenía con ese árbitro antes de tal convencimiento que, digamos, era de inexistencia de pérdida (porque iba a ganar el juicio), se transforma en un escenario de pérdida probabilística (o costo esperado del riesgo) que, por ejemplo, puede ser sufrir una pérdida de $-\$ 3000$ con 80% de probabilidad y una pérdida de $-\$ 8000$ con 20 % de probabilidad. Es decir, transita desde un escenario de inexistencia de pérdida a un escenario de pérdida esperada de $-\$ 4000$.

Pues bien, en el momento en que visualiza que el árbitro actual puede perjudicar sus intereses, la ley procesal sin racionalidad habilita la evaluación del valor que trae consigo la designación de un nuevo árbitro. Si suponemos que el nuevo árbitro entrega un 50 % de probabilidad de perder $-\$ 8000$, sumados a los costos que supone la designación del nuevo árbitro (digamos $\$ 300$), entonces la pérdida esperada de esta alternativa es de $-\$ 8300$.

En el marco de esa elección, el propenso al riesgo tenderá a escoger la alternativa que conduce a la mayor pérdida esperada (o al mayor costo esperado del riesgo), favoreciendo la opción que supone un mayor albur, que es elegir un nuevo árbitro.

De acuerdo con lo examinado al momento de estudiar el marco teórico de los perfiles de riesgo, podemos concluir que es el único perfil que optará por esa alternativa. De hecho, esa elección es la misma que la opción a favor de la alternativa A en el problema 3, reforzándose lo allí señalado con la elección que se examina en este apartado. Por el contrario, un adverso al riesgo preferirá continuar con el árbitro inicial a pesar de la proyección negativa respecto de su decisión porque en el ejemplo anterior elegirá la pérdida cierta a la mayor pérdida esperada.

El problema con el resultado al que nos conduce el propenso al riesgo es que su elección no es socialmente deseable desde una perspectiva de eficiencia entendida como minimización²³. En esencia, la subsistencia del árbitro inicial y la posibilidad de una nueva elección puede quedar en manos de partes que usan actos aparentemente lícitos, duplicando la actividad jurisdiccional y aumentando los costos sociales, tal como se mencionó en el apartado II.2.

III.3. La posibilidad de alcanzar acuerdos o equivalentes jurisdiccionales

Una vez que el proceso se inicia es posible alcanzar una solución autocompositiva. Al litigante propenso al riesgo le beneficiará tener un mecanismo de conciliación que no se encuentre sujeto a control jurisdiccional alguno, sino uno donde prime el solo acuerdo entre las partes. Ese mecanismo de conciliación preferido por el propenso respeta el principio dispositivo, donde las partes controlan el inicio, término y contenido del proceso (Romero, 2015, pp. 35-45), tal como ocurre en Chile.

El AED nos enseña que si un sujeto adverso o neutral al riesgo deduce una demanda meritoria (aquella que se basa en antecedentes reales que dan mérito a la posición del actor), y si litiga con un demandado propenso al riesgo, el demandado tiene mayor posibilidad de obtener una ventaja respecto del demandante porque la adversidad al riesgo del demandante lo llevará a aceptar un acuerdo menor del óptimo. Esto lo conoce el demandado propenso al riesgo, quien tratará de reducir al máximo el pago al demandante²⁴.

El efecto anterior se genera por el rol que toman en el litigio sujetos contendientes que poseen diversos perfiles de riesgo. Por tanto, si dejamos a las partes libradas solamente a un mecanismo de conciliación sin intervención judicial, es posible que los acuerdos alcanzados sean inferiores al monto que se obtendría de no existir divergencias en las preferencias de riesgo. Ello conduce a un resultado contraproducente con la eficiencia: se generan incentivos para una menor disuasión (ya que el demandado propenso al riesgo no será sancionado, dada la posibilidad de conciliar por un valor menor al que correspondería de existir una sentencia que acogiera la demanda meritoria) y, por tanto, el demandado podrá continuar (en algún margen) no internalizando

LITIGANTES
PROPENSOS
AL RIESGO:
MANIFESTACIONES
DE SU PARTICIPACIÓN
EN EL PROCESO CIVIL

RISK PRONE
LITIGATORS:
MANIFESTATIONS
OF THEIR
PARTICIPATION
IN THE CIVIL
PROCEDURE

23 En efecto, una visión extendida sobre la eficiencia es que ella refleja situaciones de minimización de costos. Ello emana del denominado «teorema de Coase», cuyo primer presupuesto sostiene que en ausencia de costos de transacción (minimización extrema, pero irreal), se alcanzará siempre un resultado eficiente; en cambio, en su segundo presupuesto se asume la existencia de costos de transacción (minimización de segundo orden, que da cuenta de un escenario más real), siendo la pauta para el juez que resuelva el asunto asignando el derecho a la parte que puede minimizar los costos. Sobre el particular, véase Coase (1992, pp. 81-134).

24 Revisar los análisis que constan en Harvard Law Review (2005, pp. 590-592).

todos los costos sociales que produce (Carrasco, 2018, pp. 55-85). Como consecuencia, existirá una posibilidad de que el propenso al riesgo siga produciendo daños subsecuentes sin responsabilidad alguna (Harvard Law Review, 2005, pp. 597-598).

Por su parte, un sistema que contemple la necesidad de homologación judicial sobre un factor normativo que establezca la legislación introduce una intervención judicial, donde el juez soslaya las preferencias de riesgo y resuelve de acuerdo con el mérito de ese factor. Lo anterior evita la primacía de la divergencia en las preferencias de riesgo que favorecen al demandado en una negociación.

Esta solución es eficiente y no produce el efecto de subdisuasión referido. De hecho, ayuda a evitar la falla de mercado de negociación bajo asimetrías que son producto de las divergencias de preferencias de riesgo, actuando como una suerte de seguro a favor de la parte que, en este contexto, es el litigante débil de la negociación (demandante adverso al riesgo). El control de homologación puede implicar un grado de intervención que controle la justicia de las contraprestaciones en la negociación con base en un valor de orden público que la ley puede establecer como parámetro de control judicial²⁵.

Esto ocurre porque la disposición a aceptar del adverso al riesgo es más baja que la de un propenso al riesgo, tendiendo ese nivel a traslaparse de modo más fácil con la disposición a pagar de un demandado propenso al riesgo (cuyo nivel de disposición a pagar es más bajo que el de un demandado adverso al riesgo).

El resultado mencionado es fácil de visualizar. Por ejemplo, asumamos que el demandante adverso al riesgo enfrenta en una negociación la alternativa de aceptar un monto seguro de, digamos, \$ 2000 y una probabilidad de 50 % de obtener \$ 4000. En este caso, ese demandante optará por aceptar la conciliación que le asegura ese monto (consecuencia del efecto de certidumbre ya examinado en el apartado II.2). En cambio, el demandado propenso al riesgo, enfrentado a un 50 % de probabilidad de perder \$ 4000 (asumamos para facilitar el ejemplo, que ambos tienen la misma confianza sobre el éxito de su caso, siendo en este del 50%),

25 De *lege ferenda* la ley podría establecer este parámetro de homologación si se desea evitar las extracciones indebidas que un propenso al riesgo pueda lograr en contra de un adverso al riesgo. Un ejemplo se encuentra en las reglas que prohíben la conciliación de créditos laborales en el concurso, salvo que esa conciliación ocurra ante el Juzgado del Trabajo o bien se alcance una transacción con posterioridad a la notificación de la sentencia definitiva de primera instancia (Ley 20.720, art. 246). En este caso, el demandante laboral es un típico caso de actor afecto a la adversidad al riesgo porque para él las prestaciones laborales son valoradas como medios de subsistencia y, por tanto, es posible *ex ante* asignar a ellas un alto valor en la medida en que son montos por recibir de forma cierta. Con reglas como las indicadas se busca evitar que el trabajador adverso al riesgo pueda ceder en sus posiciones para así asegurar un cierto monto. Por ejemplo, para tal efecto, la sentencia definitiva de primera instancia le entrega un parámetro imparcial mínimo que probablemente sea mayor que la disposición a aceptar del trabajador, porque se supone que el juez no está afecto a adversidad al riesgo.

preferirá acordar por una suma inferior a la pérdida esperada y, por tanto, no ofrecerá un monto de \$ 2000²⁶.

Para forzar un escenario como el indicado, el propenso al riesgo tendrá incentivos para ejecutar conductas que tiendan hacia el acuerdo debido a la técnica de racionalidad de inducción hacia atrás²⁷. Precisamente, tal negociación inducida por la presión del propenso al adverso es la que un criterio de homologación puede ayudar a aminorar. Esto último se hace más necesario de establecer en un contexto procesal civil como el chileno, en donde la burocratización, las ineficiencias y la crisis de la justicia civil pueden ser razones —adicionales a los perfiles de riesgo— por las cuales las partes se vean incentivadas a alcanzar acuerdos (Lillo, 2020, p. 150).

III.4. La relación profesional entre las partes y sus abogados

La intervención de las partes en juicio se encuentra modulada por la participación de sus abogados, que corresponde al sujeto que participa del procedimiento y exterioriza frente a terceros y al tribunal la posición de la parte. Por tanto, el análisis acerca de la actuación procesal del litigante propenso al riesgo no puede soslayar el rol de su abogado.

Dada la especialización y los conocimientos técnicos del abogado, la relación que se genera con su cliente es asimétrica (Shavell, 2016, p. 484). Lo anterior genera una relación de agencia (Cooter & Ulen, 2000, p. 585), toda vez que el principal (cliente) no está en condiciones de evaluar el comportamiento del agente (abogado), quien posee cierto margen de libertad y, en lo que aquí interesa, puede favorecer la transferencia de riesgo hacia el cliente.

En efecto, esto último se verificará dependiendo de cuál sea el tipo de contrato que los vincule. Por una parte, en caso de que el contrato de honorario suponga un desembolso por cierta actividad del abogado, entonces este externaliza el riesgo en su cliente, quien deberá pagar por las horas, días o tareas ejecutadas por el abogado²⁸. En cambio, en un contrato de cuota litis, donde el pago depende de la obtención de un cierto resultado en el proceso (ya sea por medio de una sentencia firme o un equivalente jurisdiccional), el abogado asume un mayor riesgo, que es compensado con una mayor proporción en el resultado del proceso²⁹.

26 Llámese la atención sobre que ese monto será ofrecido si el demandado es adverso al riesgo.

27 Se refiere a la racionalidad asociada a que, si existe información perfecta respecto de cierto comportamiento, o bien ese comportamiento es una alternativa dominante, entonces las jugadas o acciones previas a ese comportamiento se asumirán como ciertas incluso antes de que se verifiquen, y así sucesivamente hacia atrás. Se trata de un supuesto de racionalidad examinado en todos los libros de teoría de juegos.

28 Se supone que en esta clase de contrato el riesgo lo asume el cliente porque, dada la asimetría de información, no está en condiciones de evaluar completamente el trabajo realizado por el abogado.

29 También pueden existir contratos de honorarios mixtos que mezclen ambas formas de remunerar el trabajo profesional del abogado. Para simplificación del análisis, se examinarán los modelos puros referidos.

Ambas formas de contratación tienen implicancias en el análisis de los perfiles de riesgo. En efecto, el contrato de cuota litis ejerce mayor influencia en la percepción del riesgo de las partes en comparación con el contrato por honorarios fijo. Al respecto, se ha sostenido que el contrato de cuota litis, al transferir total o parcialmente los riesgos desde la parte al abogado (quien pasaría a comportarse como propenso al riesgo), produce que una parte adversa al riesgo, que no decidiría litigar si no tuviera ese contrato, pueda probablemente comportarse como propensa al riesgo decidiendo litigar, dado que el abogado asume parte de los riesgos (Posner, 2000, pp. 583-584). Al respecto, la obligación solidaria del abogado en el pago de las costas procesales (Código de Procedimiento Civil, art. 28) podría ser una razón adicional a considerar por la parte adversa al riesgo para favorecer la suscripción de contratos de cuota litis. Ahora bien, bajo un contrato de honorarios fijo, el litigante adverso al riesgo mantendría su perfil porque él seguiría financiando el litigio a su propio costo.

Por su parte, un litigante propenso al riesgo litigaría en ambos casos, aunque probablemente con una mayor intensidad en el del contrato de cuota litis, porque disminuiría su costo esperado del riesgo. El litigante propenso al riesgo, al asignar mayor valor a los escenarios de incertidumbre (como se indicó en el problema 6), tenderá a no escoger abogados adversos al riesgo que favorezcan el efecto de certidumbre.

Esta mayor litigiosidad no es necesariamente negativa desde la perspectiva del bienestar social. Lo anterior dependerá de si los beneficios sociales (precedentes) y privados (resolución del conflicto en concreto) que trae consigo un mayor acceso a la justicia, generado por la mayor cantidad de acciones judiciales de adversos al riesgo que demandan gracias al contrato de cuota litis, son mayores que los costos sociales y privados que pudieran derivarse de una litigación que no aporta a la definición de pautas de comportamiento, o bien que es meramente estratégica o frívola.

IV. CONCLUSIONES

Este artículo ha explicado las razones por las cuales no es socialmente conveniente que en un proceso civil tengamos como parte a un sujeto propenso al riesgo. La razón fundamental se encuentra en que esos sujetos, de acuerdo con las instituciones examinadas en este artículo (decisión de demandar y los factores normativos que lo favorecerían o desincentivarían, elección del tribunal, mecanismo de conciliación, relación profesional entre la parte y su abogado), generan divergencia entre los beneficios/costos privados y los beneficios/costos sociales, pueden aumentar los riesgos de parcialidad en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, e incrementan o agravan las consecuencias distributivas

entre las partes. Las constataciones son una muestra de que los propensos al riesgo generan efectos indeseados en el proceso.

Con base en lo anterior, se ha pretendido hipotetizar sobre las implicancias de la actuación procesal de los propensos al riesgo, pero no señalar sus soluciones ni sus consecuencias prácticas. Para lo primero, se está trabajando en un artículo posterior que se hará cargo de esas soluciones; para lo segundo, es indispensable medir el porcentaje de propensos al riesgo que litigan en los procesos civiles chilenos, requiriéndose para aquello de otras herramientas cuantitativas con miras a examinar esa materia en la práctica. Esto último es una invitación para que otros trabajos multidisciplinarios puedan indagar sobre las hipótesis aquí planteadas.

REFERENCIAS

Alessandri, F. (1936). *Ley Orgánica de Tribunales*. Santiago de Chile: Nascimento.

Atienza, M., & Ruiz, J. (2006). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Editorial Trotta.

Atria, F. (2016). *La forma del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Baird, D. (1987). Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A Reply to Warren. *The University of Chicago Law Review*, (54), 815-834. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2023&context=journal_articles

Binmore, K. (2011). *Teoría de Juegos. Una breve introducción*. Madrid: Alianza.

Bodie, Z., Kane, A., & Marcus, A. (2014). *Investments*. Nueva York: McGraw Hill.

Carbonell, F. (2022). Variaciones sobre el precedente judicial. Una mirada desde el sistema jurídico chileno. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1(16), 9-38. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2022.16.17028>

Carrasco, N. (2018). Tres razones para la utilización de la eficiencia en el Derecho Procesal Concursal. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (30), 55-85. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-80722018000100055>

Carrasco, N. (2019a). Efectividad de las normas procesales civiles. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (52), 67-100. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512019005000301>

Carrasco, N. (2019b). Estándar de preponderancia de prueba en libre competencia: ¿cómo debemos entender las razones de eficiencia que lo fundan? En M. E. Santibañez (dir.), *La prueba en los procedimientos* (pp. 701-724). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Carrasco, N. (2023). El acceso a la justicia civil en Chile desde el análisis económico del derecho. *CES Derecho*, 14(2), 127-147. <https://doi.org/10.21615/cesder.7378>

LITIGANTES
PROPENSOS
AL RIESGO:
MANIFESTACIONES
DE SU PARTICIPACIÓN
EN EL PROCESO CIVIL

RISK PRONE
LITIGATORS:
MANIFESTATIONS
OF THEIR
PARTICIPATION
IN THE CIVIL
PROCEDURE

Carrasco, N., & Núñez, R. (2015). Análisis económico de la administración de justicia: ¿La justicia como bien público o privado? *Revista Chilena de Derecho*, 42(2), 595-613. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000200009>

Coase, R. (1992). El problema del Costo Social. *Revista de Estudios Público*, (45), 81-134.

Cooter, R., & Ulen, T. (2000). *Derecho y Economía*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Cortez, G., & Palomo, D. (2018). *Proceso Civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Elster, J. (1999). *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Barcelona: Gedisa.

Feinstein, J., Adolphs, R., Damasio, A., & Tranel, D. (2011). The Human Amygdala and the Induction and Experience of Fear. *Current Biology*, 21(1), 34-38. <https://doi.org/10.1016/j.cub.2010.11.042>

Figueroa, J. A. (1997). ¿En qué momento procesal puede alegarse la falta de legitimación activa? *Revista de Derecho Procesal*, (19), 68-81.

Fishburn, P., & Kochenberg, G. (1979). Two-Piece von Neumann-Morgenstern Utility Functions. *Decision Sciences*, 10(4), 503-518. <https://doi.org/10.1111/j.1540-5915.1979.tb00043.x>

Gárate, O. (2022). *Estándar probatorio en libre competencia*. Santiago de Chile: Tirant Lo Blanch.

Gico Jr, I. (2021). *Análisis Económico del Proceso Civil*. São Paulo: Foco.

Harvard Law Review. (2005). Notes: Risk-Preference Asymmetries in Class Action Litigation. *Harvard Law Review*, 119(2), 587-608.

Hausman, D. (2000). Revealed preference, belief, and game theory. *Economics & Philosophy*, 16(1), 95-115. <https://doi.org/10.1017/S0266267100000158>

Hughes, J., & Snyder, E. (1995). Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence. *Journal of Law and Economics*, 38(1), 225-250. <https://doi.org/10.1086/467330>

Jollis, C., Sunstein, C., & Thaler, R. (2000). A Behavioral Approach to Law and Economics. En C. Sunstein (ed.), *Behavioral Law & Economics* (pp. 13-57). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139175197.002>

Kahneman, D., & Tversky, A. (1987). Teoría prospectiva: un análisis de la decisión bajo riesgo. *Infancia y Aprendizaje*, 8(29-30), 95-124. <https://doi.org/10.1080/02109395.1987.10821483>

Kaplow, L. (1985). Private versus Social Costs in Bringing Suit. *Discussion Paper, Program of Law and Economics, Harvard Law School*, 9(5/85), 1-21.

Kaplow, L., & Shavell, S. (2002). *Fairness versus Welfare*. Massachusetts: Harvard University Press.

Larroucau, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 783-808. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300008>

Larroucau, J. (2020). *Judicatura*. Santiago de Chile: Der.

Lewis, S. (2014). La regla sole et repete en Chile. *Estudios Constitucionales*, 12(2), 239-272. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000200008>

Lillo, R. (2020). La justicia civil en crisis. Estudio empírico en la ciudad de Santiago para aportar a una reforma judicial orientada hacia el acceso a la justicia (formal). *Revista Chilena de Derecho*, 47(1), 119-157. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372020000100127>

Maldonado, A., Cándido, A., Perales, J., García-Retamero, R., Megías, A., Okan, Y., & Catena, A., (2016). Aprendizaje y Neurociencia cognitiva. En T. Bajo, L. Fuentes, J. Lupiáñez y C. Rueda (coords.), *Mente y Cerebro* (pp. 263-300). Madrid: Alianza Editorial.

Menell, P. (1983). A Note on Private versus social Incentives to Sue in a Costly Legal System. *Journal Legal Studies*, 12(1), 41-52. <https://doi.org/10.1086/467713>

Momberg, R. (2010). Teoría de la imprevisión: La necesidad de su regulación legal en Chile. *Revista de Derecho Privado*, (15), 29-64. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200002>

Noll, R., & Krier, J. (2000). Some Implications of Cognitive Psychology for Risk Regulation. En C. Sunstein (ed.), *Behavioral Law & Economics* (pp. 325-354). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139175197.014>

Posner, R. (2000). *El análisis económico del Derecho*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Ríos, R. (2010). Modificaciones al Código de Comercio Chileno: artículo 513 inciso segundo – el riesgo. *Revista Chilena de Derecho*, 37(3), 505-520. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372010000300005>

Romero, A. (2015). *Curso de Derecho Procesal Civil* (vol. III). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Romero, A. (2011). La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral. *Revista Chilena de Derecho*, 28(3), 509-535.

Schäfer, H. B., & Ott, C. (1991). *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.

Schick, F. (1999). *Hacer elecciones: Una reconstrucción de la teoría de la decisión*. Barcelona: Gedisa.

Shavell, S. (1982). The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System. *Journal Legal Studies*, 11(2), 333-339. <https://doi.org/10.1086/467704>

LITIGANTES
PROPENSOS
AL RIESGO:
MANIFESTACIONES
DE SU PARTICIPACIÓN
EN EL PROCESO CIVIL

RISK PRONE
LITIGATORS:
MANIFESTATIONS
OF THEIR
PARTICIPATION
IN THE CIVIL
PROCEDURE

Shavell, S. (2016). *Fundamentos del análisis económico del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Valdés, C. (2012). Apuntes sobre el alea y condición en los negocios jurídicos contractuales. En L. Pérez Gallardo (coord.), *Contratos aleatorios* (pp. 17-32). Bogotá: Temis.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Código Civil (Chile, 1855).

Código Orgánico de Tribunales (Chile). *Diario Oficial*, 15 de junio de 1943. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=25563>

Código de Procedimiento Civil (Chile). *Diario Oficial*, 30 de agosto de 1902. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=22740>

Código Tributario (Chile). *Diario Oficial*, 31 de diciembre de 1974. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6374>

Constitución Política de la República (Chile). *Diario Oficial*, 21 de octubre de 1980. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302&idVersion=2024-01-19&idParte=>

Decreto Ley 211 (Chile). *Diario Oficial*, 22 de diciembre de 1973. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=236106>

Ley 19.995 (Chile). *Diario Oficial*, 7 de enero de 2005. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=234426>

Ley 20.600 (Chile). *Diario Oficial*, 28 de junio de 2012. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1041361&idParte=&idVersion=>

Ley 20.720 (Chile). *Diario Oficial*, 9 de enero de 2014. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1058072>

Sentencia 1557-2009-INA (Tribunal Constitucional [Chile]), 14 de abril de 2011.

Recibido: 13/12/2023

Aprobado: 03/04/2024