



ISSN 0717-1552

**SERIE INFORME
POLÍTICO
Nº 96**

**LA JUSTICIA CIVIL Y COMERCIAL
CHILENA EN CRISIS (II PARTE): BUENAS
PRÁCTICAS, INSTITUCIONES EXITOSAS
Y ROL DE LAS FAMILIAS LEGALES**

José Francisco García*

NOVIEMBRE 2006

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Master y candidato a Doctor en Derecho, Universidad de Chicago. Coordinador del Programa de Justicia de Libertad y Desarrollo.

INDICE

	página
Resumen Ejecutivo	3
I. Introducción: La Importancia de una Justicia Efectiva	4
II. Experiencia desde el Derecho Comparado	9
2.1. Derecho Común o “ <i>Common Law</i> ”	9
2.2. Experiencias desde el Derecho Civil	13
III. Evidencia Internacional	23
3.1. La Experiencia del Banco Mundial	23
3.2. Visiones Críticas	33
IV. Conclusiones	40
V. Referencias Bibliográficas	45

LIBERTAD 
DESARROLLO

**LA JUSTICIA CIVIL Y COMERCIAL CHILENA EN CRISIS
(II PARTE): BUENAS PRÁCTICAS, INSTITUCIONES
EXITOSAS Y ROL DE LAS FAMILIAS LEGALES**

Resumen Ejecutivo

El autor presenta una síntesis de la literatura sobre el estado de la justicia civil en diversos países, como asimismo analiza los procesos de reforma implementados en éstos y la evidencia empírica que se ha generado a nivel comparado. Con especial énfasis se analizan algunos de los problemas que enfrenta actualmente Chile y que también están presentes en los países analizados, y las políticas y medidas adoptadas en ellos para hacerles frente y resolverlos, y que pueden servir para el proceso de reforma en nuestro país. A lo largo del documento, el autor considera diversos antecedentes que sugieren que la importación de mecanismos e instituciones desde el derecho comparado es un proceso complejo y en el que se debe ser cuidadoso.

En esta línea, se analiza la discusión sobre la mayor bondad y eficiencia de algunas instituciones jurídicas en función de sus orígenes legales, principalmente las provenientes desde el derecho civil y el derecho común o *common law*.

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DE UNA JUSTICIA EFECTIVA

Legado el momento de analizar reformas de política pública a nivel local parece fundamental ahorrarse tiempo y recursos valiosos –y por cierto siempre escasos– y detenerse a observar la experiencia de otros países en la materia objeto de estudio. Así, mediante el análisis comparativo se gana la experiencia de realidades lejanas, que enfrentadas a problemas comunes a todos los sistemas legales, desarrollan respuestas y soluciones de carácter particular o local, que merecen ser consideradas por el resto de las legislaciones.

Sin embargo, y al igual que en otros ámbitos de reforma, en el caso de las políticas públicas judiciales en particular y las reformas jurídicas en general, en que se debe ser extremadamente cuidadoso a la hora de efectuar este análisis, muchas veces la importación sin más de instituciones, mecanismos y figuras del derecho comparado puede generar problemas mayores en el sistema legal local que aquellos que se pretende solucionar¹. Por ello, es que desde el punto de vista académico, se considera al Derecho Comparado no como un cuerpo de reglas y principios, sino primariamente como un método, una forma de mirar los problemas, instituciones y los sistemas legales².

Una complejidad adicional se debe sumar a las consideraciones precedentes: la existencia, a *grosso modo*, de dos grandes familias o tradiciones legales: el sistema de Derecho Común o *Common Law* y el sistema de Derecho Civil, también llamado

¹ Para Schlesinger, el problema con la importación de legislación tiene una doble dimensión: “Puede ser mirado prospectivamente desde los ojos del legislador el que durante el proceso de *creación de una norma legal nueva o la adopción de una determinada decisión legal* consulta las soluciones desarrolladas en el extranjero, y probablemente adoptará algunas de ellas como modelos o pautas. Por otro lado, el problema se presenta retrospectivamente para abogados y jueces, los que *al aplicar el derecho existente* descubren que la norma pertinente es importada, y por lo tanto enfrentan la cuestión de si acaso es necesario o no realizar una investigación comparada para profundizar la operación y aplicación de la regla específica en el país de origen (...) Donde los materiales extranjeros necesarios son fácilmente accesibles, esta investigación será realizada (...) Por otra parte, donde el país importador de normas extranjeras tiene una cultura legal altamente desarrollada y donde la importación de ideas solamente se relaciona con algunos tópicos del derecho interno, los elementos extranjeros importados serán prontamente dejados de lado. SCHLESINGER (1998) p. 19.

² SCHLESINGER (1998) p. 2.

“continental” o de “Código”³. Esta división se puede encontrar bajo la llamada discusión de los “orígenes” o “familias legales”, discusión que será analizada en este trabajo y que ha sido desarrollada en extenso por el Derecho Comparado, lo que importa considerar la evolución de culturas jurídicas específicas, con lógicas propias y con instituciones diferentes. En este sentido, la discusión sobre los orígenes de los sistemas legales, en ningún caso constituye un freno o excusa para que países como el nuestro no puedan mirar las experiencias exitosas y buenas prácticas de países como Estados Unidos e Inglaterra –los ejemplos paradigmáticos del derecho común–, sino que más bien, es una invitación a la prudencia en esta materia.

Una primera aproximación respecto de las diferencias entre ambos sistemas dice relación con el rol de la ley y los jueces como fuentes de derecho. En el caso de la tradición civil, continental o de Código –la que sigue el sistema chileno–, se considera a la ley escrita como la fuente esencial del derecho, correspondiéndole a los jueces solamente aplicar tales normas para cada caso concreto, pero sin la posibilidad de crear derecho en forma general. Esto contrasta fuertemente con el derecho común, en donde la cultura dominante concibe a los jueces como autoridades que pueden sentar jurisprudencia –precedentes– de obligatoriedad general. En efecto, la mayor parte de las reglas del derecho común (*common law*) han sido elaboradas por jueces y no son estatutarias (leyes); y aun en los campos estatutarios, muchas de las reglas específicas de la obligación legal son interpretaciones judiciales del lenguaje estatutario general. Las reglas elaboradas por los jueces son resultado de la práctica de decidir de acuerdo con el precedente (*stare decisis*). Cuando se decide un caso, se constituye un precedente, es decir, una razón para decidir un caso similar en la misma forma. Mientras que un precedente aislado es frágil y transmite poca información sobre el funcionamiento del sistema legal (algo que simplemente puede ser señalado, omitido o rechazado por un tribunal del mismo nivel o superior, o incluso

³ La palabra “civil” tiene diferentes significados en diferentes contextos jurídicos. Hablamos de países con sistema civil, en contraposición a los países de derecho común (*common law*) y otros sistemas legales. “Civil” también puede ser considerado como opuesto a “penal”, como en contexto de procedimiento civil en oposición a procedimiento penal. En otros contextos, “civil” se opone al derecho canónico y al derecho militar. En un sentido menos acucioso, a veces se relaciona “civil” con derecho privado, en oposición al derecho público. Los civilistas, a su vez, emplean el término en contraposición al derecho comercial. En este último sentido, “derecho civil” puede ser definido como el que analiza todo el derecho privado sustantivo, si se excluye el derecho comercial. SCHLESINGER, 1998, pp. 276-77 (n.41).

por el mismo tribunal en una ocasión posterior), la acumulación de precedentes sobre una misma cuestión, podría crear una regla de derecho dotada incluso de más fuerza que algunas reglas estatutaria explícitas⁴. Más aún, en el caso de Estados Unidos, el esquema de precedentes se potencia con el papel que se le ha entregado al Poder Judicial, principalmente por sus extensas facultades de control de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review of legislation*)⁵.

Literatura reciente lleva la discusión de las familias legales a una división aún más profunda: la concepción de ambos esquemas persigue objetivos diferentes en relación al rol del derecho, las instituciones legales y el sistema de justicia frente a los poderes políticos. En este sentido, uno de los trabajos más importantes en esta línea, La Porta y otros (2004), parte de la premisa, tomada de Hayek (1960), que el derecho común –y ciertos principios, instituciones y mecanismos esenciales que lo componen– se desarrolló y evolucionó en sociedades que veían en éstos un contrapeso al poder político, y en donde se encuentran con mayor vigor principios y mecanismos como la separación de poderes, la independencia judicial y el control de constitucionalidad de las leyes (específicamente en Estados Unidos). En contraposición a esto, los países del derecho civil, y predominantemente aquellos sistemas fuertemente arraigados en la tradición francesa, más bien miran la ley como instrumento para llevar a cabo la voluntad general, no como un contrapeso a ésta. Esta tradición, históricamente, es escéptica del rol que pueden cumplir los jueces, puesto que, se argumenta, al juez sólo corresponde aplicar la ley; más allá de eso, viola los deberes que se le han impuesto. Este estudio concluye que los sistemas de derecho común garantizan mejor la libertad económica que los países con derecho civil, no encontrando diferencias significativas en la protección de la libertad política. Dam (2006) critica el trabajo anterior, ya que la premisa en la que se fundamenta, esto es, que la discusión respecto de las familias legales (derecho civil contra derecho común) puede ser replicada desde el derecho privado al derecho público-constitucional, no es posible de hacer; además que pareciera eludir el hecho de que en Gran Bretaña el Judicial no cuenta con la facultad de control de la constitucionalidad de los actos de la Legislatura mecanismo que sí se encuentra presente

⁴ POSNER (2000) p. 506.

⁵ GARCÍA (2003).

en diversos países con derecho civil en Europa y el América Latina⁶. En el mismo sentido, Koopmans (2004) sostiene que la clasificación de los sistemas legales en las familias “derecho común” y “derecho civil” facilita la comparación en derecho privado; sin embargo, para efectos de la comparación del derecho público, esta clasificación no tiene sentido⁷.

Por otra parte, La Porta y otros (1997, 1998) sostienen que en comparación con países de derecho civil, los países con derecho común protegen de mejor forma los derechos de los inversionistas; Djankov y otros (2002) y Botero y otros (2003), muestran que los países con *common law* tienen regulaciones menos agresivas en la entrada a mercados y en la legislación laboral; y La Porta y otros (1999), en términos más generales, muestran que estos países presentan índices mayores en diversas mediciones de seguridad de los derechos de propiedad. Glaeser y Schleifer (2002) presentan un modelo teórico que explica por qué la independencia judicial (junto a los juicios por jurado) es la característica fundamental del derecho común.

En este contexto, y de cara a una reforma a la justicia civil en Chile que involucra tanto elementos orgánicos como procedimentales, parece fundamental comprender que medir el “éxito” de las diversas experiencias, instituciones y procedimientos que han sido elaborados e implementados en el derecho comparado es una tarea fundamental pero compleja, dado el análisis precedente.

En este sentido, no es suficiente preguntarse si acaso el sistema produce decisiones correctas, justas; también debemos analizar cuál es la capacidad en términos de recursos de una sociedad dada para asignarlos al sistema de justicia, sobretodo cuando sabemos que los recursos públicos –al igual que el resto– son escasos, de usos alternativos y que como sociedad queremos invertirlos de la mejor forma posible.

También debemos preguntarnos por la dimensión temporal de las sentencias, porque una sentencia tardía podría importar más bien denegación de justicia, aunque la decisión haya sido correcta en la aplicación de la ley a los hechos del caso. Los costos también son relevantes a la hora de evaluar los sistemas procesales.

⁶ DAM (2006) p. 31.

⁷ KOOPMANS (2003) p. 40.

Así, todos los factores antes mencionados –rectitud en las decisiones, recursos y costos del sistema involucrados y la dimensión temporal de la resolución de los conflictos– están estrechamente vinculados unos a otros, y decisiones y políticas que sólo consideren unos de estos ámbitos indudablemente tendrán un impacto, la mayoría de las veces negativo, en los otros.

II. EXPERIENCIAS DESDE EL DERECHO COMPARADO

2.1. DERECHO COMÚN O *COMMON LAW*

2.1.1. Reino Unido⁸.

Desde un punto de vista general, tres aspectos caracterizan la experiencia inglesa. En primer lugar, desde siempre las partes en disputa han tenido una libertad considerable para determinar la intensidad y la duración de la actividad litigiosa, en contraposición a que sea el juez el verdadero “director” del proceso. En segundo lugar, el litigante perdedor debe pagar los costos al litigante ganador, pudiendo llegar a recuperar tanto las costas procesales como los honorarios que el litigante ganador pagó a sus abogados. Esto se denomina la “regla inglesa”. En este sentido, dado que el éxito trae consigo recuperar no sólo lo reclamado sino los gastos incurridos, los litigantes tienen incentivos para ir progresivamente aumentando sus gastos en el mismo: ambos litigantes creen que aumentando lo invertido se aumentan las probabilidades de ganar el juicio. Así, cuando una parte los aumenta, la contraparte se siente obligado a seguirlo, aumentando sus gastos, por miedo a que el uso de mecanismos de defensa de menor calidad que los de su oponente –contratar un abogado menos prestigiado o un experto menos calificado– comprometería sus posibilidades de ganar el litigio y correr el riesgo de pagar los costos de la otra parte junto a perder lo disputado en el litigio. De hecho, puede llegar un momento en el litigio en que las partes siguen invirtiendo en éste, no tanto para asegurar un resultado favorable en la disputa, sino para recuperar lo ya invertido, que incluso puede superar el valor de lo disputado.

En tercer lugar, destaca también la forma de pago de los servicios legales. Generalmente, a los abogados se les paga por hora, independiente del resultado y sin tope. Inevitablemente, este sistema de remuneración provee un incentivo a los abogados para complicar la litigación.

En su *Reporte de Acceso a la Justicia* (1996), tal vez uno de los trabajos más completos de diagnóstico de la administración y

⁸ Al respecto ver MICHALIK (1999).

acceso a la justicia en el Reino Unido, Lord Wolf llamó la atención sobre la existencia de “litigación satelital” y la tendencia de las partes “a realizar numerosas aplicaciones interlocutorias. Estas son generalmente de naturaleza táctica que pueden ser de dudoso beneficio incluso para la parte que realiza la gestión y que no puede ser garantizada por los costos involucrados”⁹.

Por otra parte, el costo de la litigación en Inglaterra puede ser alto, mucho más que en cualquier país que se rija por el sistema civil. En efecto, incluso una simple disputa que se desarrolla con una velocidad excepcional puede absorber altas sumas de dinero. Como las tasas legales no están sujetas a topes, los litigantes deben estar preparados para asumir gastos ilimitados cuando deciden embarcarse en un litigio.

Un estudio preparado para el Informe de Lord Wolf, encontró que en materia de costos de litigación ante la *High Court*, existía falta de proporcionalidad entre el valor de lo reclamado y los costos incurridos para su consecución. Entre los casos con un valor menor de £12.500, en un 31% los costos para la parte ganadora individualmente considerada eran de entre £10.000 y £20.000, mientras que un 9% incurría en costos superiores a £20.000. Estas cifras se tornan aún peor si se considera que prácticamente en la mitad de los casos analizados, éstos terminaban mediante una orden de consenso y sólo un cuarto con sentencia. Entre las demandas cuyo valor disputado era de entre £12.500 a £25.000, los costos como porcentaje del valor disputado oscilaban en un rango entre 41% para casos de daños y lesiones a 96% en casos de arbitraje oficial (por ejemplo, en las disputas respecto de contratos de construcción de obra). Este nivel de gasto significa que el sistema legal es simplemente muy caro e ineficiente para proveer un foro razonable y masivo para la resolución de disputas.

Por otra parte, la duración de los procesos es elevada. El tiempo promedio desde el comienzo de las gestiones hasta el pronunciamiento de la *High Court* es de 161 semanas en Londres y 195 a las afueras de ella. Las estadísticas comparables con cortes de condenado son de 70 y 90 semanas, respectivamente.

Serios esfuerzos se están haciendo para reformar el sistema. Un nuevo set de reglas procesales civiles se introdujo en 1999.

⁹ WOLF (1996) ch.7, parag. 23.

Aunque los cambios realizados a la estructura básica del proceso fueron menores, los cambios en la filosofía del proceso y el enfoque respecto de su operación son de mayor alcance. Dos de estos cambios merecen especial consideración. El primero se relaciona con el control sobre el proceso litigioso; el segundo con la filosofía del proceso.

Como se señalara anteriormente, el mayor defecto del procedimiento civil inglés es la percepción de un exceso de actividad litigiosa. Para reducir esta actividad las nuevas reglas ponen el control de la litigación en manos de los tribunales, cambiando con ello el paradigma actualmente imperante. Existen plazos estrictos y procesos económicos para las disputas más simples. Para las más complejas, las cortes determinan los pasos procesales que requerirán o podrán tomar las partes y sus correspondientes plazos. Al ejercer el control del litigio las cortes se guían por una nueva filosofía del proceso. Bajo el viejo paradigma, la principal función de las cortes es hacer justicia en los méritos; esto es, decidir casos sobre la base de los hechos verdaderos y la correcta aplicación de la ley a éstos; no en bases puramente procedimentales. Así, no importando cuánto una de las partes dejara de cumplir con los requisitos procesales o cuán atrasada los cumpliera, el sistema judicial perdonaría dichas fallas en orden a decidir el caso en sus méritos. Como resultado se obtenía un respeto puramente opcional a las reglas procesales, pudiendo las partes –y sus abogados– complicar la litigación a su antojo.

Aunque la justicia basada en los méritos del caso daba mayor importancia a la rectitud de la decisión sobre la oportunidad de ésta o bajo costos razonables, un nuevo balance se genera entre estas tres dimensiones con las nuevas reglas de procedimiento civil inglesas.

Esta nueva filosofía tiene distintos componentes. En primer lugar, acepta que los recursos de la administración de justicia civil son limitados, así como lo son el resto de los recursos públicos. Consecuentemente, la nueva filosofía sostiene que estos recursos deben ser justamente distribuidos entre aquellos que requieren acceder a la justicia. En segundo lugar, la justa distribución de estos recursos debe considerar los casos en forma individual, así cada uno recibe lo necesario en términos de atención y tiempo de la justicia. La noción de proporcionalidad es invocada acá: la asignación de los recursos judiciales, la inversión en tiempo y

dinero, debe tomar en consideración la dificultad, complejidad, monto e importancia del caso en cuestión. En tercer lugar, costo y tiempo son consideraciones relevantes al asignar recursos: la justicia puede ser obtenida a un costo excesivamente alto y la justicia tardía es justicia denegada. El cuarto y último componente es la responsabilidad judicial: en la nueva filosofía ésta excede la mera realización de la justicia en el caso individual, pasando a ser los jueces responsables de la administración de la justicia civil como un todo, incluidos los recursos del sistema y su justa y equitativa distribución.

2.1.2. Estados Unidos¹⁰

Aunque la litigación en Estados Unidos puede ser tan cara como en Inglaterra, no existe una regla general de traspaso de los costos de litigación, en cuanto a que el ganador del litigio deba soportar los costos del perdedor. Esto se conoce como la “regla americana”. Aunque algunos costos como copias o el cobro por expediente pueden ser recuperados, éstos son minúsculos en comparación a los honorarios de los abogados. Los costos, por tanto, constituyen una preocupación fundamental. Esta situación es resentida por la parte (generalmente el demandado) que debe gastar sumas considerables para recopilar información para su adversario a través del proceso de *discovery*.

La no recuperación de los honorarios de los abogados se presenta como una gran barrera para los litigantes de recursos limitados, que no pueden gastar las sumas requeridas para solventar la litigación. Esta dificultad es, sin embargo, aminorada por la posibilidad de convenir tarifas de contingencia. Bajo este sistema si el caso del demandante no prospera, el abogado no es remunerado. Pero si el demandante es exitoso, el abogado tiene el derecho a obtener un porcentaje sustancial de lo recuperado o recibido por el demandante. Debe precisarse que el esquema de tarifas de contingencia es virtualmente inexistente fuera del campo de la litigación por daños y lesiones. También se debe considerar que el demandado siempre debe pagar por su representación legal. Los abogados americanos, como sus colegas en Inglaterra, cobran por hora.

¹⁰ Al respecto ver MARCUS (1999).

Las legislaturas americanas alegan que este estado de cosas dificulta el acceso a la justicia. Por consiguiente, para facilitar el acceso en algunas categorías de litigación, han sido introducidas reglamentaciones legales especiales sobre traspaso de costos, por ejemplo, en las áreas de discriminación laboral y litigación medioambiental.

En Estados Unidos, a diferencia de otros países de derecho común, los casos civiles pueden ser conocidos por un jurado. El jurado puede determinar el monto que puede ser otorgado al demandante e incluso puede conceder daños punitivos. La posibilidad de recuperar altos montos opera como incentivo para que los abogados acepten tomar casos a cambio de tarifas de contingencia. Como los abogados se llevan un porcentaje de lo que se concede, tienen el incentivo de conseguir el monto más alto posible.

En Estados Unidos está tomando forma un proceso de revaloración de la filosofía de la litigación y de la función del Poder Judicial. El principal ingrediente de la reforma a la justicia civil es el cambio del control de la litigación desde las partes a los tribunales. Sin embargo, la evidencia existente hace difícil considerar como exitosa esta nueva estrategia. Existen indicios que muestran que el control judicial temprano del caso acorta la duración del litigio, pero no necesariamente reduce los costos totales del mismo. También existen indicios de que límites en materia de plazo en la etapa de *discovery*, reducen tanto la dilación como los costos.

2.2. EXPERIENCIAS DESDE EL DERECHO CIVIL

2.2.1. Francia¹¹

Desde un tiempo a esta parte se ha generado un aumento ascendente en el volumen de la litigación. Esta tendencia se ha acelerado considerablemente en los últimos veinte años; sin embargo, los recursos del sistema no han aumentado al mismo paso. A mediados del siglo XIX Francia tenía 6.000 jueces para una población de 37 millones. Hoy en día, el tamaño del Poder Judicial es prácticamente el mismo y el de la población llega a 58 millones. Por su parte, la opinión pública manifiesta su insatisfacción con el sistema. En una encuesta de 1991, el 97% de

¹¹ Al respecto ver CADIET (1999).

los encuestados consideraron la litigación como muy lenta, y el 85% la estimó dificultosa; 84% la consideró costosa; y un 83%, poco equitativa. En 1995, un estudio conducido por el Ministerio de Justicia mostró que el sistema de justicia salió en última posición en el *ranking* de servicios públicos. Opiniones similares se obtuvieron en una encuesta de 1997.

La duración de los procedimientos en Francia es razonable. En el *tribunaux de grande instance*¹² la duración promedio de los casos ha disminuido desde 10 meses en 1991 a 8,8 meses en 1996. La duración promedio de casos ante el *tribunaux d'instance*¹³ ha aumentado desde 4,5 meses en 1991 a 5 meses en 1995 para procedimientos ordinarios. Sin embargo, estas cifras ocultan grandes variaciones, porque incluyen casos adjudicados en procedimientos sumarios.

En procesos ordinarios, los aplazamientos son comunes y pueden generar importantes retrasos en la resolución de una disputa, por lo que el paso hacia una sentencia de primera instancia puede ser más largo que lo que revelan las cifras antes expuestas. Las estadísticas sugieren un aumento en el tiempo promedio que toma entre la audiencia en que se exponen los méritos del caso hasta la sentencia entre las diversas jurisdicciones de primera instancia. El retraso de las apelaciones se ha incrementado, con una duración promedio que aumentó desde 13,9 meses en 1991 a 15,6 meses en 1996.

La recuperación de los costos del litigio es parcial en Francia. El ganador tiene derecho a recuperar las tasas judiciales y las tarifas de testigos, entre otras (las que están fijadas por ley) del litigante perdedor. No existe derecho a recuperar los honorarios de abogados, que usualmente representan el grueso de los costos de la litigación. Los abogados son libres para pactar sus honorarios con sus representados. El cobro por hora es común, y pueden incluso pactar parte de sus honorarios bajo el esquema de tarifas de contingencia. La corte tiene, sin embargo, la posibilidad de ordenarle al perdedor pagar al litigante ganador los honorarios de sus abogados. Con todo, las cortes francesas son reacias a ordenar la completa recuperación de estos costos. Aunque el nivel

¹² Tribunal ordinario que conoce de los asuntos civiles que no son conocidos por tribunales especiales, por ejemplo divorcio o adopciones.

¹³ Tribunal ordinario que conoce diversas materias como guardas, arriendos y casos civiles.

general de honorarios de los abogados no es tan alto como en los países de derecho común, muchos creen que los costos de litigar son excesivos, y ven en ello un obstáculo al acceso a los tribunales.

Para asegurar el acceso a las cortes, algunos hogares tienen seguros contra litigios. Los asegurados son libres para escoger sus abogados, pero no tienen completa libertad en la elección del procedimiento a seguir.

A través de los años ha habido una presión importante para reformar el sistema de procedimiento civil, proceso que empieza a fines de los '50 y cobra fuerza a fines de los '70. Dos tendencias particulares se pueden notar en el movimiento reformista. La primera es una tendencia a trasladar cada vez más procedimientos a cortes especializadas. La segunda propone mover el control del litigio desde las partes hacia las cortes. Reformas recientes han ido dirigidas a restringir la libertad de las partes en esta materia. El juicio sigue siendo considerado como dominio de las partes, pero el juez tiene extensas facultades que incluyen atribuciones para controlar el progreso del litigio; ordenar medidas investigativas y de producción de documentos; o considerar cuestiones no sometidas a consideración por las partes. El nuevo régimen busca promover la cooperación entre las partes litigantes y el juez.

Al mismo tiempo, se han realizado esfuerzos para simplificar los procedimientos y remover complicaciones innecesarias. El énfasis está puesto en un diseño flexible que facilite el mejor manejo del tiempo judicial, para que el tiempo invertido en casos individuales sea proporcional a la real exigencia que traen aparejados. Asimismo, se promueve el uso de los procedimientos sumarios para la mayor cantidad de disputas posibles. Se han diseñado diferentes caminos para atender las necesidades vinculadas a casos distintos, con diferentes plazos.

Nuevos proyectos de reforma apuntan a fortalecer los *conseils départementaux de l'aide juridique* (consejos departamentales de asistencia legal), aumentar los límites monetarios mínimos para conocer por parte de las cortes de primera instancia y la extensión de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

2.2.2. Japón¹⁴

Los niveles de litigiosidad en Japón son mucho más bajos que en otros países desarrollados. Es más, existe una hostilidad cultural al litigio y una fuerte preferencia a mantener las disputas fuera de la arena pública.

El procedimiento civil japonés está fuertemente influenciado por el sistema alemán. Con todo, desde el punto de vista de los costos de la litigación, el sistema japonés ha recibido la influencia del sistema americano. Las costas procesales son recuperables, pero no el costo de la representación legal del litigante ganador (regla americana). El que los abogados cobren por hora está permitido, pero los abogados en general reciben una suma fija, que representa el porcentaje del valor de lo demandado, como en Alemania. La suma fija se divide en dos. Una se paga independiente al resultado; la otra, contingente a ganar el juicio.

En la gran mayoría de las acciones, las sentencias de primera instancia se dictan en menos de un año. Las apelaciones a la corte de primera instancia superior -la corte de distrito-, se encuentra en una tasa que fluctúa entre 20% y 25%. Las apelaciones a sentencias de cortes de primera instancia menor, -las cortes sumarias-, son raras. La tasa de segundas apelaciones es más alta. En este sentido, los litigantes tienen derecho a apelar contra sentencias de primera instancia tanto respecto de los hechos como del derecho; mientras el derecho a una segunda apelación procede sólo respecto de cuestiones de derecho.

Aunque la apelación suspende la ejecución de la sentencia, la tasa de apelaciones contra sentencias de primera instancia de la corte de distrito es moderada en comparación a otros países. Más aún, aunque dichas apelaciones ocurran, una resolución final se alcanza en menos de 20 meses desde el comienzo del procedimiento. Las apelaciones ante la Corte Suprema, la más alta autoridad, son consideradas muy numerosas y se han tomado medidas para restringirlas.

Aunque el volumen de causas que ingresan al sistema cada año aumenta en forma estable, el número de casos resueltos crece correlativamente con los ingresos. En una proporción sustancial de casos los litigantes se representan a sí mismos: en 58% de

¹⁴ Al respecto ver HASEBE (1999).

casos ante cortes de distrito al menos un litigante es el litigante en persona; la tasa llega a 99% en los procedimientos sumarios.

Con todo, bajo estas auspiciosas estadísticas se esconden diversos problemas vinculados al acceso a la justicia. Por ejemplo, el número de abogados es bajo. En 1997 había 13 abogados por cada 100.000 habitantes. Es extremadamente difícil calificar como abogado practicante. Los candidatos deben pasar un examen nacional de admisión a la barra excepcionalmente duro, donde la tasa de aprobación es de 2% a 3%. En 1998, por ejemplo, sólo 812 de 30.568 candidatos lo aprobaron. Como los abogados se concentran en las ciudades más grandes, las personas en las áreas rurales tienen gran dificultad para encontrar uno. Debido a esta escasez y el monopolio que se genera, los ciudadanos no tienen opciones para elegir representación legal. Los abogados incompetentes sobreviven, porque no tienen competencia.

La práctica restrictiva de la abogacía afecta la conducta de los procedimientos civiles. La tasa de litigantes que se representan a sí mismos es alta como se ha destacado anteriormente. Se espera de los jueces que intervengan asistiendo a estos últimos litigantes, pero ello no es siempre satisfactorio.

El sistema de justicia civil japonés fue objeto de críticas en los '80 sobre la base de que era lento, costoso, y difícil de comprender para las personas comunes. Después de un extenso debate, en 1998, entró a regir un nuevo Código de Procedimiento Civil. El objetivo de la reforma era entregar a los ciudadanos comunes una justicia simple y accesible. Los principales cambios fueron: el establecimiento de procedimientos previos al litigio para identificar los temas en disputa; el mejoramiento de los mecanismos probatorios; la introducción de procedimientos para demandas de bajo monto; y la restricción de apelaciones a la Corte Suprema.

2.2.3. Alemania¹⁵

El procedimiento civil alemán está influido por una concepción liberal del rol de las partes y del Estado. La idea liberal de procedimiento sostiene que la libertad de las partes debiera ser restringida lo menos posible. Sin embargo, esta idea ha sido puesta a prueba con el aumento en la carga judicial.

¹⁵ Al respecto ver GOTTWALD (1999).

En todos los tribunales la litigación concluye en tiempos razonables. Ante las cortes regionales de primera instancia en 1996 un 38,9% de los procedimientos eran finalizados en tres meses; un 26,5% demoró entre tres y seis meses; un 21,7%, entre seis y doce meses; y un 9,6% entre doce y veinticuatro meses. La duración promedio de todos los procedimientos regionales, desde la presentación de la demanda hasta el arreglo o la sentencia final era de 6,5 meses. En las cortes locales en 1996, un 48,2% de los casos fueron resueltos en menos de tres meses; un 28,5%, entre tres y seis meses; y un 17,5% en doce meses. La duración promedio de todos los procedimientos de las cortes locales, desde la presentación hasta el término, era de 4,6 meses. Pero un 4% duró más de tres años.

Estas cifras son relevantes a la luz de los altos volúmenes de litigación de Alemania. Más aún, a diferencia de muchos otros países europeos, existe un alto índice de confianza y satisfacción con la administración de la justicia civil.

Los costos de litigación en Alemania son bajos, en relación a los costos de los países con sistemas de derecho común. En este país, tanto las tasas judiciales como los honorarios de abogados en litigio, son fijados por ley. Ambas tarifas son calculadas como una pequeña proporción del valor de la cuestión disputada (el porcentaje de la tarifa disminuye cuando aumenta el valor de lo disputado). Esta predictibilidad en los costos ha fomentado un próspero mercado de seguros contra litigios. Una proporción sustancial de los hogares alemanes están asegurados respecto de los accidentes de tránsito y responsabilidad privada (excluidos el divorcio y asuntos de familia). Casi un quinto de toda la litigación es financiada con los seguros, al menos en una de las partes.

Con todo, el sistema sufre de algunas debilidades. Destaca entre ellas el alto volumen de litigación, que pone a prueba el sistema judicial. En algunas áreas la carga de trabajo acumulada crece y el progreso de causas puede elevarse innecesariamente, sin perjuicio de los esfuerzos por mejorar la administración de las cortes.

Dentro de la Unión Europea, Alemania tiene por lejos el mayor número de jueces per cápita. Sin embargo, el número total de jueces ha sido constante a través de los años. Por su parte el número de abogados admitidos ha aumentado en los últimos

años, estimándose un incremento de 5% al año. Las tasas judiciales cubren escasamente el 50% de los costos del sistema. Existe un debate permanente respecto de aumentar los costos para desincentivar la litigación sin méritos.

La reducción de la carga de trabajo de las cortes se ha enfrentado desde una triple perspectiva. La primera de estas preocupaciones son las apelaciones. La tasa de apelaciones en Alemania es alta; cerca del 50% de las sentencias de los tribunales regionales de primera instancia son apeladas (la tasa de apelación respecto de las sentencias de cortes locales, en relación a la cual el derecho de apelación es más limitada, es más baja). Más aun, dado que las apelaciones pueden ser referidas a cuestiones de hecho de primera instancia, el proceso de apelación impone una carga importante en las jurisdicciones de apelación.

Las propuestas y reformas van en la dirección de limitar los asuntos que pueden ser objeto de apelación; en particular, limitar el derecho de apelación contra conclusiones de hecho. En segundo lugar se ha buscado fortalecer los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC). Mientras que los MARC se han puesto de moda, los procedimientos de conciliación no son populares. Se cree que las cortes por sí mismas entregan suficiente mediación y oportunidades para llegar a acuerdos. Además, los litigantes alemanes prefieren resolver sus disputas ante una judicatura en la que confían y respetan. Finalmente, una tercera área dice relación con ser más estrictos con el cumplimiento de las reglas procedimentales, específicamente los plazos. La tendencia es a insistir en el cumplimiento del tiempo de los deberes procesales, y restringir el ámbito de las tácticas dilatorias, particularmente la apelación. Así, se da un énfasis cada vez mayor en el manejo más eficiente de la litigación.

2.2.4. Holanda¹⁶

El sistema holandés opera bien. Cuando los litigantes deben llevar sus disputas a los tribunales, encuentran una corte accesible en el sentido que pueden obtener una resolución en tiempo oportuno y a un costo razonable. Tanto o más importante, los holandeses también tienen otras opciones efectivas de resolver sus disputas paralelas a los tribunales, por lo que estos últimos realmente están

¹⁶ Al respecto ver BLANKENBURG (1999).

reservados para las disputas más relevantes o que no pueden ser tratadas en otros foros.

Un solo juez, ante el cual la representación legal es obligatoria, conoce de los casos de primera instancia. Desde el punto de vista de la duración de los procedimientos, existe una gran diferencia entre las cortes locales (*kantongerecht*), cuya duración promedio llega a 133 días –en un caso con oposición– para llegar a una sentencia final; y las cortes de distrito (*rechtbank*), donde el promedio correspondiente es de 626 días. Respecto de las apelaciones, un promedio de sólo 25% de los casos son terminados en 9 meses, y sólo dos tercios son finalizados en dos años. Los procedimientos sumarios (*kort geding*) duran en promedio sólo semanas y equivalen al 12% de la carga de trabajo de la jurisdicción civil.

Algunos experimentos interesantes se han realizado para reducir los tiempos de los juicios. Algunas cortes de distrito, en cooperación con abogados locales, ofrecen a las partes la posibilidad de elegir procedimientos abreviados. Si el demandante y el demandado están de acuerdo desde el comienzo en una resolución rápida, el tribunal buscará un acuerdo temprano entre las partes, y si esto no prosperara, se llegará a una decisión final en un período que no durará más de seis a ocho meses. Las evaluaciones en esta materia indican que el 89% de los casos sometidos a este procedimiento efectivamente terminan en menos de ocho meses. No obstante, la proporción de disputas que siguen este camino es baja, lo que se debe a que aquellos que están dispuestos a seguir estos procedimientos son las partes que lograrían un acuerdo a todo evento (independiente del procedimiento o del foro).

Las tasas judiciales se relacionan con el valor de la disputa. Los abogados cobran por hora. Este último cobro es bajo según el estándar de los países del derecho común. El litigante ganador tiene derecho a recuperar las costas procesales por parte del litigante perdedor y también los honorarios de sus abogados, a menos que la corte dictamine lo contrario. Para demandas pequeñas, los costos fácilmente pueden exceder el valor de lo disputado, lo que lleva a muchos litigantes a optar por la vía de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Cerca de un 15% de los hogares holandeses cuentan con seguros contra litigios. En Alemania esta cifra llega a la mitad. La mayoría

de los seguros excluyen asuntos de derecho de familia y tributarios de la cobertura. Las aseguradoras holandesas –que se dedican a los seguros de asuntos legales– juegan un rol activo tratando de evadir los altos costos asociados a estos litigios. Los problemas legales que afecten a los asegurados son manejados en primer lugar por la propia aseguradora. Cuando los asegurados se ven envueltos en un litigio, primero contactan a la compañía de seguros, no a sus abogados. Como la profesión legal no tiene el monopolio de la representación legal, las aseguradoras pueden asesorar a sus clientes en materias legales. De hecho, logran negociar acuerdos en un 96% de las disputas que manejan. Los abogados son consultados sólo cuando aquella primera asistencia legal ha sido agotada.

Existe una verdadera cultura de evitar llegar a un litigio para resolver controversias, lo que impresiona dado que Holanda provee de un generoso esquema público de asistencia legal. Más aún, como los sistemas extra judiciales manejan las disputas de manera más informal y menos confrontacional, es fácil para los holandeses obtener asesoría para sus disputas. Además existe un mercado de abogados individuales o de pequeños estudios que ofrecen servicios de buena calidad a bajos precios. Como el monopolio de la representación legal por parte de los abogados no es tan fuerte como en otros países, éstos deben competir con los servicios de asesoría legal provistos por diferentes organizaciones como sindicatos o las compañías de seguros.

El sistema holandés ha desarrollado procedimientos más expeditos para agilizar la tramitación judicial de las disputas y disminuir la carga de trabajo. En este sentido, destaca el *kort geding*, que ha evolucionado como un verdadero procedimiento sumario. El *kort geding* rara vez requiere más de una audiencia oral. Las partes presentan su caso en esta audiencia. Los procedimientos son a tal punto poco formales desde el punto de vista procesal, que el juez en esa misma audiencia les dice a las partes cuáles son las reales probabilidades de tener éxito en sus respectivas pretensiones, lo que lleva a que en ésta generalmente se termine con un acuerdo entre las partes. Si el acuerdo no se materializa, el tribunal toma una decisión final inmediatamente finalizada la audiencia. En promedio, los casos que siguen el *kort geding* terminan en menos de seis semanas desde comienzo a fin. Aunque las partes tienen derecho a iniciar un procedimiento ordinario después de finalizado el *kort geding*, esto rara vez sucede.

Existen procedimientos expeditos para el cobro de deudas en Holanda. Los alguaciles (*deurwaarders*) son los agentes claves en el esquema de cobranza. Los alguaciles holandeses pueden combinar la cobranza privada de deuda –lo que es visto como un negocio como cualquier otro–, con la función pública de citar a los deudores ante la corte o encargarse de la ejecución de lo resuelto. Los procedimientos judiciales sólo son utilizados como último mecanismo. La mera amenaza de la intervención judicial opera normalmente como incentivo a pagar o llegar a acuerdo.

Por otra parte, las asociaciones de consumidores han desarrollado prácticas para manejar reclamos por la vía de la negociación directa con las partes involucradas, haciendo campañas públicas en los temas más importantes, y ocasionalmente llevando un caso a la corte, lo que más bien se hace para testear el criterio de los tribunales en un determinado tópico emergente o buscando publicidad. Muchas industrias de servicios como agencias de viajes, industria textil y servicios técnicos automotrices han instalado juntas o consejos de reclamo para resolver el grueso de los reclamos. Dichas juntas tienen representación tripartita, incluyendo representantes de industriales y consumidores, más una persona neutral que la preside.

Cuando se analiza la variedad y facilidad de los mecanismos de resolución de conflictos existentes en Holanda, se puede entender por qué este país ha sido exitoso en mantener un sistema judicial pequeño pero muy eficiente.

III. EVIDENCIA INTERNACIONAL

La reforma del sistema jurídico y judicial requiere imprescindiblemente un conocimiento sólido de su estructura vigente y su nivel de eficiencia. La descripción de las características principales del sistema y la medición de la rapidez y el costo de las decisiones judiciales son fundamentales. Sin embargo, sólo en contadas ocasiones los gobiernos han elaborado indicadores que permitan seguir la trayectoria del Poder Judicial. Existe muy poca información sistemática sobre su estructura y sobre su desempeño y los factores que lo determinan. En años recientes se han realizado esfuerzos para realizar comparaciones internacionales de efectividad judicial, para subsanar la falencia antes descrita.

Los especialistas en la materia han tratado sobre todo de documentar tres aspectos importantes: recursos de que disponen los sistemas judiciales (número de jueces, presupuesto del poder judicial, número de funcionarios administrativos de apoyo), acceso a la justicia y volumen de trabajo de los jueces (número de procesos entablados y resueltos dentro de un período determinado). Lo que se mide en esos estudios es el número de casos resueltos. Cabe citar entre ellos los estudios realizados sobre ocho países europeos¹⁷ y un Estudio del Banco Mundial sobre siete países de América Latina¹⁸. Aunque la eficiencia es sólo un aspecto de la cualidad de un Poder Judicial, es, sin embargo, medible a diferencia de otras cualidades esenciales de éste¹⁹, lo que lo convierte en un criterio potente a la hora de realizar comparaciones internacionales.

3.1. LA EXPERIENCIA DEL BANCO MUNDIAL

El esfuerzo más ambicioso que se ha desarrollado en esta materia ha sido, sin lugar a dudas, el estudio de Djankov y otros (2002) para el Informe de Desarrollo Mundial del Banco Mundial de 2002

¹⁷ CONTINI (2000) citado en Banco Mundial (2002).

¹⁸ BUSCAGLIA y DAKOLIAS (1996).

¹⁹ DAKOLIAS (1999) pp. 92-95.

²⁰, donde se midió la efectividad de los sistemas judiciales para resolver asuntos simples y de gran frecuencia.

Para estos efectos el estudio analizó el procedimiento utilizado en 109 países para resolver dos disputas donde los méritos del caso a favor del demandante fueran sólidos, pero el demandado prefería no llegar a acuerdo²¹. Los dos casos seleccionados fueron casos típicos enfrentados por todos los sistemas de justicia (con el objetivo de facilitar la comparación internacional): en primer lugar, el no pago de arriendo (y la acción de lanzamiento del arrendatario del inmueble que no pagaba la renta) y la segunda, el cobro de deudas (específicamente la acción para recuperar el valor de un cheque u otro instrumento análogo no pagado)²².

Un aspecto clave de este estudio consistió en determinar la complejidad de los litigios²³ a través de un Índice de Formalismo,

²⁰ Al respecto ver BANCO MUNDIAL (2002) capítulo 6 sobre Sistemas Judiciales, especialmente pp. 120 al 124, que son la base de esta parte del análisis.

²¹ La encuesta preparada para el Informe analizó determinados aspectos de los sistemas judiciales. Lo hace mediante preguntas detalladas dirigidas a abogados. Los datos comparan sistemáticamente la rapidez de los juicios a partir de una encuesta normalizada enviada a bufetes privados de abogados de 109 países. La encuesta presenta dos casos hipotéticos que representan situaciones típicas de incumplimiento de un contrato corriente: (a) el desalojo de un inquilino (arrendatario), y (b) el cobro de una deuda (un cheque devuelto, o una factura en los países en que el uso de cheques no es común). Esos dos casos representan todos los tipos de conflictos comerciales que se plantean en los tribunales. Se han elegido dos casos bastante diferentes para verificar si las conclusiones se pueden aplicar a todos los juicios civiles. Las preguntas abarcan la evolución paso por paso de esos casos en los tribunales locales de la ciudad más grande del país correspondiente. Un detalle importante es que la encuesta estudia tanto la estructura del sistema judicial —es decir, las instancias en que el reclamante trataría de obtener reparación en determinados casos— como la eficiencia con que se adoptan las decisiones judiciales. Para la encuesta se eligen casos en que los hechos no han sido impugnados por las partes, a pesar de lo cual el demandado se niega a pagar. El juez falla sistemáticamente a favor del demandante. En esta forma, la encuesta controla la equidad en los distintos países, pues los jueces se atienen a la letra de la ley. Se presume que no se pueden entablar acciones con posterioridad al fallo. Si se produce cualquier oposición a la reclamación, el juez decide siempre a favor del demandante. Las preguntas formuladas se refieren al número de etapas que debe cumplir el proceso judicial, el tiempo que se tarda en cumplir cada una de ellas y el costo para el demandante. La información obtenida sobre este último aspecto proporciona una medida comparable del acceso al sistema judicial, en tanto que la resultante del conjunto de los tres componentes permite conocer la eficiencia judicial. El cuestionario hace una distinción entre lo que la ley exige y lo que sucede en la práctica. Estas son algunas de las preguntas formuladas: ¿Cuál es el mecanismo más comúnmente utilizado en su país para el cobro de las deudas atrasadas? ¿Es diferente este mecanismo si el monto de la deuda es bajo, igual al 5% del PNB per cápita, o elevado, igual al 50% del PNB per cápita? ¿A través de qué tipos de tribunales se aplicará este mecanismo? En el caso de cobranza de una deuda ¿sería el fallo una representación oral de las conclusiones generales, un argumento oral sobre los hechos concretos y las leyes aplicables, o un argumento escrito sobre los hechos concretos y las leyes aplicables? BANCO MUNDIAL (2002) p. 121.

²² Lex Mundi, una asociación internacional de estudios jurídicos, desarrolló las especificaciones fácticas de las disputas para facilitar la comparación internacional.

²³ Índice de complejidad de la acción judicial. Este índice mide cuán compleja es la acción judicial en el caso de simples controversias comerciales y, por lo tanto, cuán difícil es para un lego entablar por sí mismo un procedimiento judicial en defensa de sus intereses. El índice varía de 0 a

que mide el grado de dificultad que representa para un ciudadano común entablar un juicio en defensa de sus intereses. Este índice, en escala de 0 a 7, considera como base el modelo “ideal” de resolución de conflictos elaborado por Shapiro (1981): un juez-vecino mediante un procedimiento desformalizado.

Para este autor: “El concepto básico que emplearemos es un conflicto estructurado en tríadas. Si se analiza a lo largo de diversas culturas, se observa que cuando dos personas entran en un conflicto que no pueden resolver por sí mismas, el sentido común las lleva a llamar a un tercero para que las asista en encontrar una solución. Así, la invención social de la tríada, puede ser encontrada universalmente en tiempo y espacio en diferentes sociedades. Y desde esta dimensión más profunda, aquella que apela al sentido común, se basa la legitimidad política básica de las cortes. En síntesis, la tríada, para los efectos de la resolución de controversias, es la lógica básica de las cortes, tan convincente que se ha transformado en un fenómeno político universal”²⁴.

En este modelo, la resolución de disputas entre dos personas por parte de un tercero se guía por el sentido común y la costumbre. No se basa en reglas formales (derecho procesal) y ciertamente no regula ni restringe los procedimientos que los vecinos utilizarán para resolver sus diferencias. Aunque Shapiro muestra la esencia de lo que debiera ser un tribunal, las cortes de diferentes países del mundo se desvían de este modelo²⁵. Para Djankov y otros

1, en que 1 significa que el proceso judicial es muy complejo, y 0 significa que no lo es. El índice se forma sumando cinco variables igualmente ponderadas:

Terminología o justificación jurídicas. Esta variable describe cuánta terminología jurídica o justificación jurídica se necesita en distintas etapas del proceso.

Procedimiento de notificación. Describe el nivel de complejidad que supone el proceso de notificación de la demanda (notificación de actos procesales) y la notificación del fallo definitivo.

Representación judicial. Describe si, en el caso de que se trata, la ley o la práctica exigirían la asistencia jurídica de un representante autorizado.

Complejidad de la demanda. Evalúa el nivel de complejidad de la preparación y presentación de una demanda respecto del caso.

Suspensión del cumplimiento de la sentencia debido a apelación. Describe si, en el caso de que la parte perdedora interpusiera un recurso de apelación, normalmente se suspendería el cumplimiento de la sentencia definitiva hasta que se dictara una resolución sobre la apelación, o si en general se puede hacer cumplir la sentencia.

²⁴ SHAPIRO (1981) p.1.

²⁵ “Así, se emplean jueces profesionales y abogados más que vecinos o conocidos para resolver las disputas. Se siguen procedimientos altamente formalizados, restringiendo cómo deben ser presentadas las demandas y sus contestaciones (o reconveniones), cómo puede ser analizada la evidencia (medios probatorios), y cómo

(2002) en un modelo ideal del tipo juez-vecino, se requeriría de sólo tres acciones procesales independientes²⁶: (1) el demandante solicita la intervención del juez, (2) el juez y el demandante se reunirían con el demandado, y el juez emitiría una resolución después de esta reunión, y (3) se ejecutaría la sentencia. Como muestra la evidencia, en algunos países el cobro de deudas como el lanzamiento de arrendatarios morosos se realiza en 8 ó 9 pasos, mientras que en otros toma cerca de 40 ó 45, lo que se aleja del modelo del juez-vecino²⁷.

Para elaborar el Índice de Formalismo, el estudio aludido desarrolló un cuestionario para cada uno de los 109 países considerados, con el objeto de conseguir información respecto de diversas áreas temáticas, variables en el lenguaje de los economistas autores del estudio. Las variables más significativas se relacionaban a si acaso los procedimientos: (1) requerían o no de profesionales; (2) si eran escritos u orales; (3) involucraban justificaciones legales tanto en la presentación de la demanda como en la resolución del tribunal; (4) tenían restricciones legales en materia probatoria; y (5) podían ser revisados por una instancia

varias partes pueden comunicarse entre ellas. Más que sostener un encuentro informal, muchas cortes establecen registros escritos del procedimiento seguido y permiten que las partes en disputa puedan apelar la decisión del juez. Más que adherir a la corte ideal de Shapiro, muchas jurisdicciones deciden regular fuertemente sus procedimientos civiles (...) ¿Por qué no vemos entonces modelos informales de cortes o de resolución de controversias en el día a día? Las razones para regular las disputas son similares a aquellas utilizadas para regular cualquier otro tipo de actividad: el soberano tiene una razón de naturaleza privada o pública para esperar obtener un resultado distinto a aquel provisto por el modelo informal del juez como "vecino". Más importante aún, y como ha sido enfatizado por Shapiro, la mayoría de las cortes se asocian al Estado, y el soberano tiene interés en la forma en que las disputas serán resueltas. Tal vez querrán sancionar una conducta indeseada en forma más dura que lo que estaría dispuesto a hacer el juez-vecino, establecer precedentes o reducir los errores que pudiera cometer la adjudicación informal. Alternativamente, podrían querer resolver las disputas a favor de sí mismos, o sus amigos o partidarios políticos, como asimismo castigar a sus enemigos y adversarios políticos. También podrían querer que los conflictos sean solucionados de una forma consistente a través de sus dominios, fortaleciendo el comercio y la uniformidad política. Podrían querer promover reformas en innovación, sean éstas buenas o malas. Para alcanzar estas metas, el soberano regula el procedimiento judicial para asegurarse que "los jueces no son más que la boca a través de la cual se pronuncian las palabras de la ley, entes inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de ella" (Montesquieu (1748), 1984, p. 194)". (Djankov y otros, 2002, p. 10).

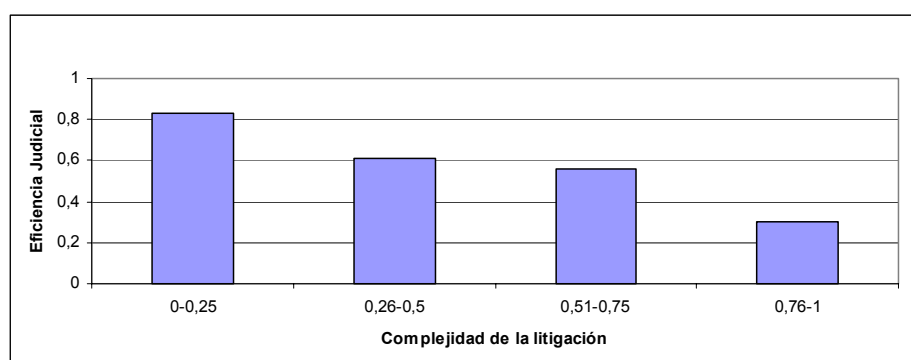
²⁶ Las que pueden en los hechos importar más de una acción específica, pero al poder ser ejecutadas en forma simultánea y en el mismo día y lugar, forman parte de un solo paso procesal o acción procesal independiente.

²⁷ DJANKOV y otros (2002) p.24.

superior, especialmente durante la tramitación de ésta en primera instancia²⁸.

Entre las conclusiones del estudio destaca el que en los países con procedimientos más complejos (más formales), el proceso judicial es menos eficiente, incluso una vez introducidos los ajustes en función del nivel de ingreso (Gráfico N° 1).

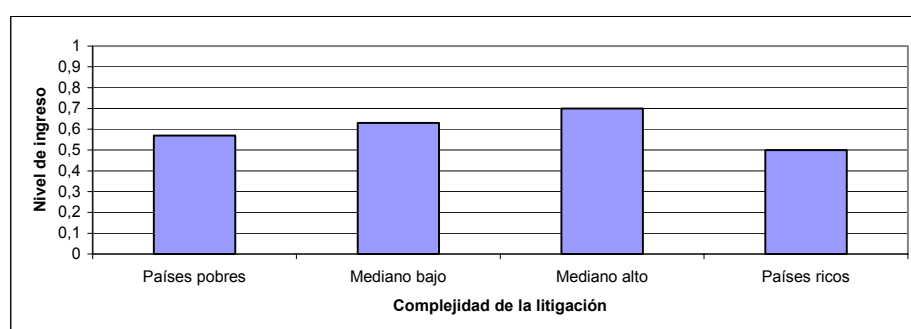
Gráfico N° 1
Eficiencia Judicial y Complejidad de la Litigación



Fuente: IDM Banco Mundial 2002.

Los datos disponibles indican que la complejidad de la litigación no disminuye en la misma medida en que desciende la renta nacional per cápita (Gráfico N° 2).

Gráfico N° 2
Complejidad de la Litigación y Nivel de Ingreso



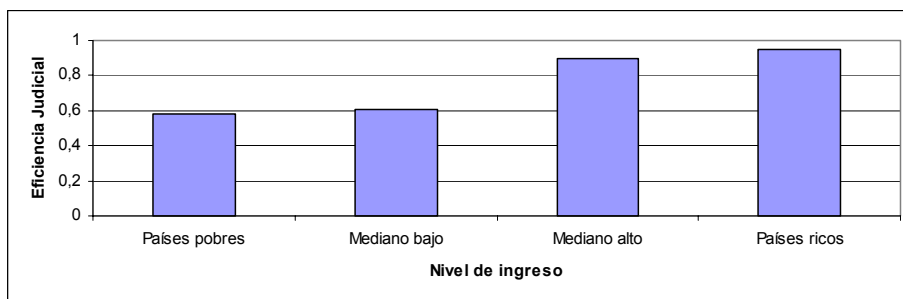
Fuente: IDM Banco Mundial 2002.

²⁸ DJANKOV y otros (2002) p. 7.

Ello demuestra que los países en desarrollo con menos recursos y con capacidad judicial más débil también tienen procedimientos complejos. Una de las explicaciones es que el procedimiento judicial en esos países es más propenso al fracaso y que la complejidad de los juicios garantiza que se dispondrá de controles y salvaguardias hasta que se llegue a la decisión judicial definitiva. En otras palabras, el formalismo opera como un subsidio a un diseño institucional y jurídico del sistema judicial frágil.

Otra explicación es que tal vez se hayan establecido procedimientos que limitan el acceso al sistema judicial y favorecen a los particulares o a las empresas más privilegiadas. Algunos países en desarrollo, no obstante, tienen procedimientos más sencillos, y varios países han iniciado reformas del proceso judicial. Entre los países industriales, aunque algunos tienen procedimientos más complejos, una excelente capacidad de hacer cumplir las decisiones y la presencia de instituciones complementarias y de niveles más elevados de capital humano contrarrestan los efectos negativos de la complejidad.²⁹ (Gráfico N° 3).

Gráfico N° 3
Eficiencia Judicial y Nivel de Ingreso



Fuente: IDM Banco Mundial 2002.

Por otra parte, y desde un punto de vista conceptual, la literatura en Derecho Comparado y la Historia del Derecho sugieren que el formalismo varía sistemáticamente entre orígenes legales (Berman 1983, Merryman 1985, Damaska 1986 y Schlesinger y otros, 1998). En particular, países del derecho civil generalmente regulan

²⁹ Entre las instituciones complementarias se cuentan las normas que afectan a los incentivos de los jueces, las que promueven una mayor transparencia y las que afectan a los incentivos de los otros litigantes, además de un conjunto de normas sustantivas más claras.

en mayor medida el proceso de resolución de controversias (incluida la conducta del adjudicador), a diferencia de los países del derecho común. La importancia de esta observación radica en que la mayoría de los países en vías de desarrollo han heredado su sistema legal de sus colonizadores. Así, dado que los procedimientos legales han sido transplantados en forma “involuntaria”, a lo que se suma el que no han sufrido modificaciones relevantes en décadas, el origen legal es un instrumento útil para analizar el formalismo. Esto también sugiere que el formalismo puede ser herencia del pasado colonial más que una respuesta eficiente a las condiciones existentes en diversos países³⁰. En este sentido, la evidencia recogida en el estudio preparado para el Banco Mundial confirma la proposición de que la resolución de controversias, medida por estos índices, es más “formal” en países de derecho civil que en los de derecho común.

El origen legal explica por sí solo cerca del 40% de la variación en el formalismo de la resolución de controversias entre los 109 países analizados. En prácticamente todas las dimensiones, se encontró una mayor desviación desde el modelo informal de resolución de conflictos en países con derecho civil (especialmente basados en el derecho civil francés). Estos resultados se dan tanto respecto del caso de lanzamiento de arrendatario como de cobro de deuda. También se encontró que el proceso de adjudicación es más formal en países menos desarrollados. Asimismo, se encontró que, manteniendo el ingreso per cápita constante, el formalismo es un fuerte predictor de la duración esperada de los juicios. Niveles de formalismo altos también predicen una eficiencia judicial menor, mayor corrupción, menor honestidad y consistencia en el sistema, menor equidad y menores niveles de acceso a la justicia. La evidencia en ningún caso demuestra que el formalismo asegura mayores niveles de justicia³¹.

Otra variable de formalismo analizada por el estudio de Djankov y otros (2002) dice relación con el tipo de juez que preside un juicio. En primer lugar, los jueces pueden presidir tribunales de jurisdicción general o tribunales de jurisdicción limitada. Estos últimos comprenden los tribunales especializados, como los tribunales de menor cuantía o los tribunales de quiebra, así como

³⁰ DJANKOV y otros (2002) p.7.

³¹ DJANKOV y otros (2002) p.8.

otros mecanismos de solución de controversias, como los comités de arbitrajes y los jueces de paz. En segundo lugar, el juez o los miembros del tribunal pueden no ser jueces letrados con formación jurídica profesional. Además, su actividad principal quizás no sea la de actuar como juez o miembro del tribunal. Por el contrario, puede ser juez no letrado un árbitro, un funcionario administrativo, un comerciante o cualquier otro lego que esté autorizado para ocuparse del asunto y resolverlo.

El estudio encontró que países como Australia, Bélgica, Estados Unidos y Singapur tienen establecidos menos requisitos para los jueces. En el otro extremo del espectro, Ecuador, Italia, Líbano, Marruecos y la República Árabe de Egipto exigen que los jueces que se ocupan de sencillos casos de cobranza de deuda en tribunales de jurisdicción general sean letrados. Esto hace aumentar la cantidad de fondos públicos necesarios para los litigios y prolonga enormemente la duración de cada juicio. Asimismo, un indicador complementario a éste es el tipo de asistencia jurídica necesaria para que un ciudadano entable una acción ante un tribunal. La necesidad de representación judicial profesional aumenta fuertemente el costo de los litigios y obstaculiza el acceso de los miembros pobres de la sociedad al sistema judicial. En lo que se refiere a los casos estudiados en el Informe del Banco Mundial, pocos países establecen como requisito obligatorio la representación por un letrado. Los que lo hacen son todos países de ingreso mediano y bajo, como Ecuador, Filipinas, Líbano, Marruecos y Venezuela.

Por otra parte, desde el punto de vista de la duración de los juicios civiles relacionados con controversias comerciales se observó que los resultados de los países considerados en el estudio difieren considerablemente. Así, el pronunciamiento de un fallo en las causas sobre cobranza de deudas pequeñas, equivalente al 5% del PIB per cápita, tarda menos de tres meses en Dinamarca, Estados Unidos, Japón, Nueva Zelanda y Singapur. En cambio, se tarda más de dos años en llegar a una decisión en Colombia, los Emiratos Arabes Unidos, Kuwait, Malta, Mozambique y la República Checa.

Igual sucede cuando se analiza el cumplimiento de las sentencias. En los países pertenecientes al cuartil más rico, el cumplimiento de una sentencia sobre cobranza de deudas pequeñas tarda en promedio 64 días después de que el juez ha emitido una opinión; mientras que en los países pertenecientes al cuartil más pobre, la

situación es peor. Se necesita un promedio de 192 días – demasiado tiempo, especialmente para las pequeñas empresas que tienen poco acceso al crédito– para cobrar las deudas una vez que se ha pronunciado el fallo. También hay diferencias entre los países de nivel de ingreso similar. Por ejemplo, el tiempo necesario para hacer cumplir un fallo cambia de unos países a otros. En los países del cuartil más pobre el lapso medio que transcurre entre el fallo y su cumplimiento en los casos de cobranza de deudas es de sólo 18 días en Ghana pero de casi 450 días en Senegal. Esta diferencia en la eficiencia de la ejecución indica claramente que es posible introducir sencillas reformas en el sistema judicial de los países en desarrollo, que pueden mejorar considerablemente el acceso de las empresas pequeñas y los empresarios más pobres al sistema. Ello significa que los encargados de formular las políticas no necesitan esperar a que se lleve a cabo una reforma general del poder judicial, sino que pueden dedicar sus esfuerzos a mejorar ciertos aspectos de éste. Aunque las reformas judiciales en gran escala pueden tropezar con cierto grado de oposición política, otras pueden ser más factibles a corto plazo. En algunos casos, para que la reforma sea eficaz puede ser necesario crear una nueva institución, como un tribunal especializado, en lugar de limitarse a modificar las instituciones antiguas³².

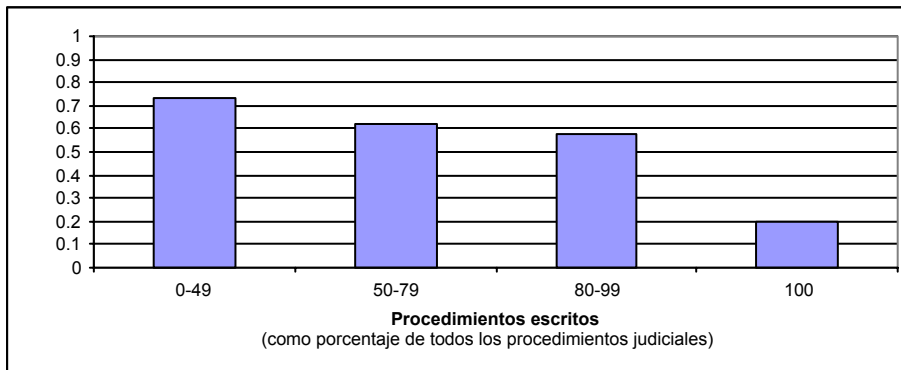
El estudio indica además que el 90% de los casos atendidos en Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Marruecos y Senegal, y el 100% en Argentina, España, Honduras y Venezuela se resuelven con procedimientos escritos. No es sorprendente, pues, que el proceso de cobranza judicial de deudas dure en promedio 180 días en Honduras, 300 días en Argentina y 432 días en Senegal. El predominio de los procedimientos escritos es evidente, asimismo, en algunos de los países industrializados. Por ejemplo, tanto en Noruega como en Japón, en los casos de cobranzas de deudas estudiados, en el 80% de todas las actuaciones judiciales se exige la presentación de documentos escritos. Sin embargo, la duración de los procesos es razonablemente breve: 90 y 60 días en promedio, respectivamente. Ello indica que los procedimientos complicados son especialmente complejos en los países más pobres, donde podrían fomentar la corrupción o resultar inadecuados dada su escasa capacidad administrativa. Además,

³² BANCO MUNDIAL (2002) p. 121.

con frecuencia constituyen obstáculos al acceso de los pobres al sistema judicial³³.

El acceso al sistema judicial, también por parte de los miembros más pobres de la sociedad, puede verse restringido por factores como la complejidad de los procedimientos, el hecho que se exija o no representación letrada y los elevados costos financieros. Por ejemplo, en los casos en que la mayoría de los procedimientos son escritos en lugar de orales, el acceso es limitado. (Gráfico N° 4).

Gráfico N° 4
Acceso a la Justicia y Exceso de Procedimientos Escritos



Fuente: IDM Banco Mundial 2002.

³³ En esta materia, el Banco Mundial destaca la experiencia de Túnez, donde la cobranza de las deudas atrasadas de bajo monto se realiza normalmente mediante un procedimiento especial llamado *injonction de payer* ante un juez de jurisdicción general. A condición de que la deuda se haya comprobado y establecido, el juez concede el mandamiento de pago. El deudor no puede oponerse al mandamiento. Por consiguiente, el juicio civil excluye las etapas habituales de notificación de la demanda, contestación de la demanda, vistas y reunión de pruebas. En promedio, el proceso completo desde que se entabla la acción hasta que se realiza el pago tarda menos de un mes. Este procedimiento simplificado no exige representación jurídica. Las costas son muy bajas, aproximadamente de US\$ 54 si el demandante está representado por un abogado, y de US\$ 0 si el demandante se representa a sí mismo. No hay cargos por el mandamiento de pago, y el demandante sólo paga alrededor de US\$ 20 al oficial que se encarga de la cobranza propiamente dicha. En cambio, en muchos países con un nivel similar de desarrollo económico el proceso de cobranza judicial de deudas de bajo monto es considerablemente más prolongado y más costoso. En Venezuela, por ejemplo, la cobranza de deudas pequeñas exige un proceso complejo. Las partes en la controversia y los jueces deben cumplir 31 actuaciones procesales independientes desde que se entabla el proceso hasta que se paga la deuda. La duración media del proceso es de alrededor de un año y la representación jurídica de las partes es obligatoria, tal como en la mayoría de los demás países en América latina. Las costas son también bastante elevadas en los procesos de cobranza de deudas en Venezuela. Los honorarios de los abogados ascienden en promedio a US\$ 2.000, en tanto que las costas procesales ascienden a US\$ 2.500. BANCO MUNDIAL, 2002, p. 123.

3.2. VISIONES CRÍTICAS

Con todo, diversos autores (Dam 2006, Islam 2003 y Davis 2004) han sido particularmente cautos –y algunos relativamente críticos– de los resultados obtenidos por el estudio preparado para el Informe del Banco Mundial 2002³⁴. Esta literatura presenta cuestionamientos tanto metodológicos como asimismo desde la perspectiva de la discusión del origen legal, los que merecen ser analizados en detalle, puesto que, en primer lugar, entregan argumentos valiosos en la discusión sobre la mayor eficiencia de ciertas instituciones de las diversas familias legales, lo que se relaciona directamente con la cuestión sobre la importación directa de instituciones del derecho comparado. En segundo lugar, porque se realizan observaciones respecto de la lógica jurídica de las instituciones del derecho civil que son relevantes y parecen no haber sido considerados en el estudio de Djankov y otros (2002); y, finalmente, porque proporcionan matices relevantes en el análisis de la evidencia presentada, lo que permite relativizar y moderar algunas de las conclusiones presentadas en dicho informe.

Para Dam, el concepto de “formalismo” desarrollado por dicho estudio es un concepto que no está en el lenguaje común de los abogados para quienes el sistema legal que impera en su país es un dato de la causa, y más bien, se debiera hablar de “complejidad procesal”, siguiendo a Islam (2003). Así, el índice de formalismo es creado por los autores del estudio para medir las diferencias en eficiencia judicial entre los diversos países considerados; lo que importaría que los dos casos desarrollados por Lex Mundi serían de una simpleza tal que podrían ser resueltos por un vecino de las partes involucradas sin mayor formalidad.

Así, Dam sostiene que los autores del estudio implícitamente analizaron los diversos sistemas de justicia asumiendo un *set* de criterios –o más bien prejuicios– establecidos a priori:

- (1) tribunales con jurisdicción especializada son mejores que los con jurisdicción general;
- (2) jueces no profesionales son mejores que los que sí los son;
- (3) mientras menor representación legal se necesite mejor;

³⁴ Al respecto ver DAM (2006), DAVIS (2004) e ISLAM (2003)

- (4) a mayor presentación de argumentos y evidencia oral, mejor (en oposición a escritos);
- (5) mientras menores fueran las “justificaciones legales” en la demanda y en la resolución del tribunal, mejor;
- (6) mientras más informales las reglas probatorias, mejor;
- (7) mientras menores los requisitos para la conciliación y notificación, mejor;
- (8) mientras menor sea la intervención de un tribunal superior en el control del procedimiento de primera instancia, mejor;
- y,
- (9) mientras menos sean las etapas del proceso, mejor.

Dam critica el que los autores no hayan considerado que la ausencia de formalismo era mejor en casos más complejos, sino que juzgaron que el formalismo no era eficiente para los dos casos analizados, que son, sin embargo, ilustrativos del tipo de casos que son numerosos en muchos sistemas judiciales. En este sentido, Davis (2004) sostiene que los dos casos utilizados para construir el índice de formalismo y medir la eficiencia no entregan una medida global de la capacidad de ejecutar los contratos. Así, en muchas jurisdicciones los arrendatarios de inmuebles tienen niveles de protección significativas respecto del derecho de lanzamiento del propietario del inmueble por razones ideológicas, que no tienen aplicación a casos que involucran disputas de naturaleza comercial³⁵.

Así, si se vuelve a los criterios a priori de eficiencia presentados por los autores del Informe del Banco Mundial, se podría sostener que muchos abogados, con razón, cuestionarían tales juicios. Para Dam, las reglas de procedimientos y probatorias están diseñadas para prevenir posibles errores en la evaluación de las cuestiones de hecho y asegurar que éstas sean juzgadas bajo estándares de derecho sustantivo correctos. Asimismo, la revisión por parte de un tribunal superior es diseñada para disminuir los errores legales y asegurar los objetivos de la justicia tratando casos similares de forma similar. Con todo, incluso el mundo jurídico que valora las formalidades por razones de acuciosidad y justicia, entiende que el sistema legal respecto de casos en donde hay poco en juego, no puede proveer un foro de resolución de conflictos a la población si no se atenúa el formalismo que es útil en casos complejos. Infracciones de tránsito o disputas de poca

³⁵ DAVIS (2004) p. 159.

cuantía son ejemplos de casos comunes en que es razonable que exista una combinación eficiente entre acuciosidad y eficiencia.

Otra observación que realiza Dam es que la metodología del estudio, como asimismo el análisis de formalismo, parte prejuzgando –y por tanto afecta negativamente *ex ante*– algunos de los supuestos básicos en que se sostienen los sistemas de derecho civil, especialmente el de los países de Europa continental y muchos de los países en vías de desarrollo. Excepto algunas reglas relativas al uso de ciertos mecanismos probatorios (evidencia) que también se encuentran en los sistemas de derecho común, las reglas procesales que menos agradaban a los autores del estudio se encuentran con mayor frecuencia en los países con derecho civil, especialmente el uso de pruebas por escrito y la existencia de diversas “etapas” en el proceso. Así, los autores incluyen variables que sólo existen en uno o dos países con derecho común, pero sí en la mayoría de los países con derecho civil. Las razones por las que se adoptan estas reglas en los países con derecho civil normalmente se relacionan con el mayor rol que se les asigna a los jueces.

En efecto, siguiendo a Langbein (1985), y desde una mirada general, los sistemas de derecho civil se basan en la noción de un juez –normalmente un profesional de carrera judicial– que tiene a su cargo el proceso y que es un buen conocedor de si acaso la evidencia oral provista por una parte o un testigo será útil; de lo contrario, bastará la presentación de evidencia documentada y de escritos. Al mismo nivel de generalidad, puede decirse que los jueces del derecho común asumen que las partes en casos no criminales liderarán el proceso, yendo ante el tribunal sólo para resolver ciertos desacuerdos y el establecimiento de reglas provisionales y, finalmente, asumiendo que las partes no han podido llegar a acuerdo, y por lo tanto se verán las caras en un juicio. Debido a estas diferencias, muchos países con sistema de derecho civil no tienen un juicio en el sentido de un procedimiento oral que implique la presentación de evidencia durante días consecutivos – la llamada “audiencia concentrada” –, porque el juez llamará a rendir testimonio oral cuando sea requerido³⁶.

Por su parte, la Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado sintetiza las diferencias entre ambos sistemas cuando se analiza

³⁶ LANGBEIN (1985) pp. 830-832.

el rol central que juegan los jueces en el sistema civil. “En los países de derecho civil (...) el *ratio* entre jueces y abogados tiende a ser mayor que en países del derecho común. Los jueces del sistema civil tienden a estar más involucrados tanto en los procedimientos civiles como criminales con el objetivo de alcanzar el resultado correcto, que los jueces del derecho común con su procedimiento judicial esencialmente dejado a las partes que delega la mayoría de la evidencia a los abogados de éstas (...) El rol de juez en las naciones con derecho civil envuelve mucho más responsabilidad en la recolección de evidencia y hacer avanzar el proceso (...) Asimismo emplean gran parte de su esfuerzo en analizar la ley (...) mientras los jueces del derecho común descansan en el análisis legal que le presentan los abogados”³⁷.

Distinto es si acaso los niveles de “formalismo” tienen implicancia desde el punto de vista del desarrollo económico para los países en desarrollo, cuestión que debe ser analizada rigurosamente. Países de altos ingresos presentan menores niveles de formalismo que los países africanos o de Latinoamérica. Asimismo, los países de Europa del Este tienen niveles de formalismo superiores a los de Europa Occidental.

Si como se sugirió antes, los mayores niveles de formalismo puede asociarse a una mayor acuciosidad (menos errores en la valoración de los hechos y en la aplicación del derecho a éstos) y justicia del sistema; se podría esperar que fueran países de altos ingresos los que “consumieran” más formalismo. Sin embargo, sucede lo contrario. Incluso al interior de las familias legales se puede observar que los países del derecho común con ingresos altos tienen índices de formalismo menores que los países con bajos ingresos. Lo mismo sucede respecto de los países con derecho civil.

Con todo, no es simple sugerir que el formalismo se relaciona sistemáticamente con el desarrollo relativo de un país. Si se analiza por regiones, se puede observar que en Latinoamérica tanto los países con mayores ingresos como aquellos con menos, presentan niveles de formalismo similar. Lo mismo sucede en Africa. Sin embargo, lo que sí se observa es que los países más ricos de estas regiones presentan menores duraciones promedio

³⁷ CLARK (2002) p. 3 -146.

en los casos presentados (cobro de deudas y la acción de lanzamiento del arrendatario que no paga).

Para Dam, tampoco es simplemente una cuestión del desarrollo económico de los países y por tanto, ser la cantidad de recursos la destinada a resolver el problema. Algunos países desarrollados del derecho común mostraron retrasos no esperables en la duración de los casos, como los 421 días en Canadá y 320 días en Australia para el cobro de deuda, comparado con los 40 días en Swazilandia y 60 en Belice, ambos de origen inglés. Estos resultados extremos al interior de países con derecho común, sugieren que debe ser considerado mucho más que la simple dicotomía derecho civil-derecho común. Más aún, ello no puede encontrarse en el “formalismo”, dado que Canadá y Australia muestran un bajo índice de formalismo, teniendo Australia uno de los mas bajos del mundo. Asimismo, Swazilandia, uno de los países más rápidos en cobro de deuda del mundo, tiene un índice de formalismo superior al promedio mundial y muy superior al de países del derecho civil como la propia Francia³⁸.

Con todo, existe bastante literatura que apunta en la dirección de sostener empíricamente la existencia de una diferencia significativa en los niveles de eficiencia que existe entre los países desarrollados y aquellos que están en vías de desarrollo. Un análisis del Banco Mundial mostró que, por ejemplo, países de altos ingresos tenían índices de eficiencia más altos que los países de Africa o Latinoamérica³⁹. Un estudio que llega a la misma conclusión, y que se basa en un índice de eficiencia del sistema judicial, encontró que el “puntaje medio para el sistema judicial de los países en vías de desarrollo era de 6,26, mientras que en los desarrollados este puntaje llegaba a los 9,14”⁴⁰.

Por otra parte, uno de los aspectos relevantes de la eficiencia es el tiempo de disposición de una causa. El estudio mostró que incluso casos simples como los estudiados, pueden tardar un largo tiempo en ser resueltos. Así, la duración promedio del caso de lanzamiento por no pago de arriendo es de 254 días, mientras que el cobro de deuda llegó, en promedio, a los 234 días. Sin embargo, la varianza entre los distintos países analizados es

³⁸ DAM (2006) p.10.

³⁹ ISLAM (2003) figuras 4 y 6.

⁴⁰ LOPEZ DE SILANES (2002) p. 5

dramática. En Pakistán para ambos casos se llegaba a 365 días; en Nigeria, a 366 días para el caso de lanzamiento por no pago de arriendo; y en Tailandia, a 630 días para este mismo caso. Dado que estos tres países cuentan con derecho común, se puede observar que el retraso no es monopolio del derecho civil.

En efecto si se compara desde un punto de vista regional, el estudio incluyó 22 países asiáticos, la mitad de los cuales poseen sistema de derecho común y la otra mitad civil. Aunque es cierto que los países del derecho común tienen menores niveles de formalismo que los países de derecho civil, estos últimos fueron más eficientes: en promedio la duración del caso de cobro de deuda fue de 216 días, mientras que en los países asiáticos con derecho común llegó a 257 ⁴¹.

Existen otros análisis que pueden explicar las variaciones en la duración de los casos. Así, los retrasos en la duración de los juicios y la carga de trabajo atrasado es mayor en los países africanos y de Latinoamérica que en el resto del mundo⁴². Sin embargo, se debe ser cuidadoso al realizar generalizaciones: un estudio de causas comerciales mostró que en promedio éstas tardaban 8 años en ser resueltas en Ecuador pero menos de 1 en Colombia y Perú⁴³.

Para Dam, una de las quejas principales de los sistemas judiciales de países en desarrollo dice relación con la falta de recursos. Más recursos y especialmente más jueces, dejando lo demás constante, harían presumir que los casos serían resueltos más rápido y se contaría con una justicia más efectiva. Aunque los presupuestos de los sistemas judiciales de algunos países en desarrollo sí son un problema, la evidencia es clara en señalar que ni el presupuesto ni el número de jueces están en el centro del problema. Si bien es cierto que Ecuador y Perú tienen sólo 1 juez por cada 100.000 habitantes, Singapur tiene menos que eso (comparado con los 27 por 100.000 en Alemania o 10 por 100.000 en Francia)⁴⁴. Tampoco es la repuesta el aumento de recursos.

⁴¹ DAM (2006) pp. 9-10.

⁴² Un estudio realizado en algunos países de América Latina mostró que el retraso en la duración de los juicios es una causa relevante para "que una mayoría de los usuarios de tribunales se inclinen a no presentar disputas ante éstos porque perciben que el sistema es lento, inseguro y costoso, o de pobre calidad". DAM (2006) p.11.

⁴³ BANCO MUNDIAL (2002) p. 120.

⁴⁴ BANCO MUNDIAL (2002) pp. 120-121, Tabla 6.1

Una revisión de los estudios para Latinoamérica y el Caribe mostró que “no existe correlación entre el nivel global de recursos y el tiempo de resolución de los casos”⁴⁵. También importa en qué se destinan los recursos: Buscaglia encontró que “aproximadamente un 70% del tiempo de los jueces argentinos es dedicado a labores no jurisdiccionales”⁴⁶.

⁴⁵ BOTERO Y OTROS (2003) p. 63. También BANCO MUNDIAL (2002) p. 128.

⁴⁶ BUSCAGLIA Y DOMINGO (1997) p. 297.

IV. CONCLUSIONES

El objetivo de un sistema de justicia civil es decidir disputas de acuerdo con el derecho aplicable a los hechos de la causa, o, en otras palabras, sentencias que hacen respetar los derechos sustantivos de los litigantes. A pesar de este objetivo, que es común en todos los sistemas de justicia civil modernos, no siempre puede ser del todo alcanzable, en la medida en que se enfrentan un sinnúmero de restricciones (recursos, instituciones frágiles, inexistencia de mecanismos que permitan exigir *accountability* a los jueces, un derecho sustantivo débil, existencia de intereses corporativos –abogados, jueces, funcionarios judiciales–, etc.).

Así las cosas, el proceso de reforma a la justicia civil y comercial chilena tiene como principal desafío generar una transformación profunda al actual esquema en un contexto de altas restricciones, y en donde la cultura jurídica nacional parece anquilosada en conceptos e instituciones procesales que han demostrado ser obsoletas. En este contexto, la evidencia recogida desde el derecho comparado muestra que las reformas al sistema de justicia civil y comercial han sido un desafío común a numerosos países. En todos ellos parecieran ser los mismos problemas que aparecen una y otra vez en contextos y con intensidades diversas.

Así, mientras que el costo de la litigación es fuente de reclamo en la mayoría de los países, está claro que estos niveles son mayores en los países de derecho común. La posibilidad que el costo para cada parte litigante no sólo sea equivalente al valor de la cosa disputada, sino en muchos casos, superior por un amplio margen, no es tan común en los sistemas de derecho civil, excepto cuando se trata de disputas de bajo valor. Al mismo tiempo, el tiempo de demora que enfrentan los casos en los países con sistema de derecho civil es prácticamente desconocido en países con derecho común. Por otra parte, pareciera existir una tendencia en la dirección de constatar una mayor diversidad en la eficiencia y rendimiento de los sistemas de justicia civil entre los países de derecho civil, que entre los de derecho común. Entre los países con derecho civil tenemos en un extremo Holanda, Alemania y Japón, que entregan a sus ciudadanos un servicio razonable y, en el otro extremo, sistemas como el de Italia. Esta diversidad es

particularmente sorprendente cuando se analizan sistemas que tienen estructuras procesales similares⁴⁷.

Con todo, se debe ser optimista en el sentido de que están emergiendo estrategias de naturaleza global en la forma de aproximarse a los problemas que enfrentan las diversas justicias civiles locales, estrategias y experiencias que Chile debe mirar con atención.

En primer lugar, destaca la tendencia general a acrecentar el rol del juez en el control del proceso litigioso, proceso que va acompañado de una mirada económica de ser eficientes en el uso del sistema judicial y los procedimientos. Para Zuckerman: “El objetivo del control judicial es evadir los costos y el retraso innecesario, asegurando que los recursos de los tribunales sean administrados en forma eficiente. Esta filosofía de justicia distributiva trae a la administración de justicia civil las consideraciones prácticas del análisis costo-beneficio y de manejo eficiente de los recursos públicos, que juega un rol tan importante en la provisión del servicio que brinda el resto de los organismos públicos”⁴⁸. Aun así, en esta materia se debe ser prudente porque tampoco se trata de entregar a los jueces herramientas tales, que en la práctica –y especialmente en institucionalidades judiciales frágiles que carezcan de controles efectivos sobre la labor de estos–, arriesguen a las partes a quedar sometidas a la total discrecionalidad de éstos. Así, y especialmente en materia civil y comercial, las partes litigantes deben seguir conservando ciertas prerrogativas en el desarrollo del proceso.

Por otra parte, se han adoptado medidas para simplificar las reglas y estructura del procedimiento civil. En efecto, todos los procedimientos en el derecho comparado emplean alguna suerte de proceso sumario para cierto tipo de disputas. Por ejemplo, la recuperación de deudas constituye una alta proporción de la litigación en la mayoría de los países. Dado que las demandas de cobros son generalmente sencillas, muchos países han desarrollado procedimientos sumarios costo-eficientes para el cobro de deudas. Ejemplos en esta materia son el *Mahnbescheid* en Alemania, y el *injonction de payer* en Francia. Procedimientos similares existen en Italia y Holanda. Estos permiten a los

⁴⁷ ZUCKERMAN (1999) p. 43.

⁴⁸ ZUCKERMAN (1999) p. 51.

acreedores presentar sus demandas, mostrando simplemente evidencia del contrato y una declaración de que el pago está en mora. Estos procedimientos son rápidos, baratos y simples para los demandantes, especialmente porque en la mayoría de los casos los deudores no presentan oposición. En Inglaterra dichas demandas son usualmente resueltas en juicios sumarios. Si bien la idea de procedimientos sumarios es vieja, existe una tendencia a extender su uso a nivel comparado por estos días. En Inglaterra ha sido creado un procedimiento abreviado de vía rápida para demandas inferiores a las 15.000 libras esterlinas. En Francia se usa cada vez más el *référé*. En Holanda es cada vez más frecuente el *kort geding*. Japón e Italia, por su parte, también están experimentando con procedimientos sumarios. Todo lo anterior es indicativo de que se está sacrificando rectitud en la decisión en pro de alcanzar soluciones a las controversias civiles en formas menos costosas y rápidas⁴⁹.

Asimismo, la experiencia de Holanda muestra cómo una mayor competencia en la provisión de servicios legales genera un círculo virtuoso de bajos costos en la litigación, poca congestión en la carga de trabajo judicial y tiempos bajos en la resolución de las controversias jurídicas. En este país, la asesoría legal, puede ser entregada por personas y organizaciones diferentes a los abogados. Las compañías de seguros proveen de mecanismos para llegar a acuerdo en las disputas de sus clientes, y además, los abogados que son empleados por compañías y otras organizaciones también pueden representar a sus empleadores ante los tribunales⁵⁰.

La discusión del origen legal cobra particular importancia cuando estamos comparando instituciones de carácter procedimental. Es más, cuando comparamos diferentes sistemas, no debemos solamente hacerlo respecto de ciertos aspectos particulares del procedimiento que están o no presentes en éstos, o que son piezas fundamentales de un sistema procesal civil dado. Dicha comparación es de poca utilidad. Así, por ejemplo, el *discovery* obligatorio de documentos es una figura central de los sistemas anglo-americanos, pero ausente de los sistemas civiles. Puede ser tentador decir que los primeros realizan una mayor contribución a la rectitud de las decisiones, porque el *discovery* tiende a entregar

⁴⁹ ZUCKERMAN (1999) p. 49.

⁵⁰ ZUCKERMAN (1999) p. 45.

mayor evidencia relevante y por consiguiente lleva a una mayor precisión factual en las sentencias.

Pero dicha conclusión sería superficial, porque el *discovery* tiene sus propias desventajas. Existe una considerable preocupación en los sistemas anglo-americanos sobre las implicancias negativas en términos de costo del *discovery*. En una proporción significativa de casos en que el *discovery* es utilizado en forma seria, los costos del proceso exceden los beneficios. Altos costos de litigación afectan en forma adversa el acceso a la justicia, disuadiendo la entrada de litigantes de pocos recursos. Por consiguiente, una comparación entre los sistemas anglo-americano y continental debe considerar no sólo la dimensión de rectitud en la decisión del *discovery*, sino también la dimensión de costos. Cuando ambas dimensiones son consideradas, podríamos llegar a concluir que lo que los sistemas continentales pierden en rectitud, lo ganan aumentando en acceso a la justicia⁵¹.

Considerando que no es fácil que un país con sistema de derecho civil adopte el sistema de derecho común –porque ello requeriría la capacitación de la mayoría de los abogados y jueces, como asimismo un cambio cultural en la concepción misma del derecho y la justicia–, existen pequeños pasos que pueden ser tomados, pensando en la resolución más expedita de cuestiones simples. Entre estas opciones se encuentran los tribunales de menor cuantía⁵² y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación y el arbitraje; sin embargo, algunos países tienen diversas restricciones para el uso de éstos, lo que evita que se puedan obtener todas las ventajas que proveen; y muchos más países no han tomado los pasos necesarios para promoverlos, como por ejemplo, el cumplimiento efectivo de las resoluciones arbitrales⁵³. Asimismo, otra alternativa es la

⁵¹ ZUCKERMAN (1999) pp. 10-11.

⁵² En Brasil, por ejemplo, los tribunales de menor cuantía han reducido a la mitad el tiempo que transcurre antes de dictarse el fallo y han ampliado el acceso a la justicia. En Hong Kong, China, transcurren sólo cuatro semanas desde que se entabla una acción y la primera audiencia de examen de la causa en el Tribunal de Menor Cuantía. Esos tribunales son muy comunes también en los países industrializados. Últimamente el Reino Unido, que ha obtenido con ellos buenos resultados, aumento a 5.000 libras esterlinas el monto máximo de las demandas que se pueden entablar en esos tribunales. Estos tribunales son también comunes en Australia, Estados Unidos y Japón, y en la Unión Europea se encuentra en estudio una normativa que regule este procedimiento para todos los países miembros. BANCO MUNDIAL (2002).

⁵³ BANCO MUNDIAL (2004) p. 88.

existencia de tribunales especializados con competencia para conocer de determinados asuntos⁵⁴ como es el caso de los tribunales de comercio⁵⁵.

En fin, en muchos países, las mejoras se introdujeron en materias administrativas y de gestión en los tribunales, y en muchos de ellos se aumentaron jueces y el personal de apoyo. Sin embargo, y no obstante las permanentes reformas introducidas, los problemas de retraso y costos persisten en muchas realidades. En algunos casos incluso, las reformas generaron mayores problemas que los que intentaban solucionar. Este es el caso, por ejemplo, de Italia⁵⁶ y Grecia⁵⁷.

Chile cuenta con la enorme ventaja de ser testigo de numerosos procesos de reforma a la justicia civil, tanto pasados como aquellos que se desarrollan en la actualidad. La existencia de problemas y diagnósticos comunes facilita la importación de aquellas buenas prácticas, instituciones y mecanismos exitosos. Sin embargo, en esta materia no hay recetas mágicas y más aún, la discusión en el Derecho Comparado y los estudios empíricos muestran la complejidad de este proceso. En este sentido, no parece ser indiferente el origen legal de un determinado mecanismo (por ejemplo, el uso del *discovery* o la aplicación de la regla inglesa), como asimismo el costo asociado a la implementación de éstos, sea en términos de recursos para la sociedad, costos para las partes en disputa, duración de los juicios o el si acaso genera mayor o menor certeza jurídica.

⁵⁴ Ese tipo de tribunales ha sido establecido para simplificar la cobranza de deudas en varios países, entre ellos Alemania, Japón y los Países Bajos. En Ecuador el establecimiento de tribunales de trabajo ha permitido que se reduzca el tiempo que transcurre hasta que se dicta sentencia. Muchos de esos tribunales especializados hacen hincapié en el arbitraje y la conciliación, de modo que algunos de los resultados positivos que han obtenido pueden deberse a que dan preferencia a métodos alternativos de solución de controversias. Los tribunales especializados también contribuyen a la simplificación y reducen algunos de los procedimientos generales de los tribunales civiles. Por ejemplo, la introducción de un tribunal especializado en comercio en Tanzania redujo el tiempo que transcurre hasta que se dicta sentencia de una media de 22 meses a una media de tres meses. La creación de los tribunales de comercio de Tanzania fue resultado de la labor conjunta del Gobierno, la empresa privada y donantes internacionales. BANCO MUNDIAL (2002).

⁵⁵ ISLAM (2003).

⁵⁶ Al respecto ver CHIARLONI (1999).

⁵⁷ Al respecto ver KERAMEOUS Y KOUSSOLULIS (1999).

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANCO MUNDIAL (2002): *Informe sobre el Desarrollo Mundial 2002: Instituciones para los Mercados* (Washington D.C., Mundi-Prensa), 249 pp.
- BANCO MUNDIAL (2004): *World Development Report 2005: A Better Investment Climate for Everyone* (New York, World Bank and Oxford University Press).
- BLANKENBURG, Erhard (1999): "Civil Justice: Access, Cost, and Expedition. The Netherlands" en ZUCKERMAN, Adrian: *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, (Oxford, Oxford University Press), pp. 442-463.
- BOTERO, Juan Carlos, La Porta, Rafael, López de Silanes, Florencio, Shleifer, Andrei y Volokh, Alexander (2003): "Judicial Reform", *World Bank Research Observer* 18 (1), pp. 61-88.
- BUSCAGLIA, Edgardo y DAKOLIAS, Maria (1996) "Judicial Reform in Latin American Courts: The experience in Argentina and Ecuador", World Bank Technical Paper No. 350, Banco Mundial.
- BUSCAGLIA, Edgardo y DOMINGO, Pilar (1997), "Impediments to Judicial Reform in Latin America", in Buscaglia, Edgardo, Ratliff, William y Cooter, Robert (eds.), *The Law and Economics of Development*, (Greenwicj, JAI Press Inc.), pp. 291-313.
- CADIET, Loic (1999): "Civil Justice Reform: Access, Cost, and Delay. The French Perspective" en ZUCKERMAN, Adrian: *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, (Oxford, Oxford University Press), pp. 291-346 .
- CLARK, David (2002): "The Organization of Lawyers and Judges" en Capelletti, Mauro (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XVI, Civil Procedure (Boston, Dordecht), capítulo 3.
- CHIARLONI, Sergio (1999): "Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective" en ZUCKERMAN, Adrian: *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, (Oxford, Oxford University Press), pp. 263-290.

- DAKOLIAS, Maria (1999): Court Performance Around the World: A Comparative Perspective. World Bank Technical Paper No. 430.
- DAM, Kenneth, "The Judiciary and Economic Development", *The University of Chicago Law and Economics Working Paper*, No. 287, 2006. Disponible en línea en: - <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>
- DAVIS, Kevin (2004): "What can the Rule of Law Variable Tell Us About Rule of Law Reform". *Michigan Journal of International Law* 26 (1), pp. 141-161.
- DJANKOV, Simeon, LA PORTA, Rafael, LOPEZ DE SILANES, Florencio, SHLEIFER, Andrei (2002): "Courts: The Lex Mundi Project", NBER Working Paper No. 8890. Disponible en línea en <http://www.nber.org/papers/w8890> (2003): "Courts" *Quarterly Journal of Economics* 118 (2), pp. 453-517.
- DWORKIN, Ronald (1985): *A Matter of Principle* (Boston, Harvard University Press) 448 pp.
- GARCÍA, José Francisco, "El control de constitucionalidad en El Federalista y los fundamentos de una sociedad libre", en *Revista Chilena de Derecho* No.30, Vol.3, 2003. pp. 491-514.
- GOTTWALD, Peter (1999): "Civil Justice Reform: Access, Cost, and Expedition. The German Perspective" en ZUCKERMAN, Adrian: *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, (Oxford, Oxford University Press), pp. 207-234.
- HASEBE, Yukiko (1999): "Civil Justice Reform: Access, Cost, and Expedition. The Japanese Perspective" en ZUCKERMAN, Adrian: *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, (Oxford, Oxford University Press), pp. 235-262.
- HAYEK, Friedrich (1960): *The Constitution of Liberty* (Chicago, The University of Chicago Press).
- ISLAM, Roumeen (2003): "Institutional Reform and the Judiciary: Which Way Forward", *World Bank Policy Research Working Paper*, No. 3134.

- KERAMEOUS, K. y KOUSSOULIS, S. (1999): "Civil Justice Reform: Access, Cost, and Delay. A Greek Perspective" en - ZUCKERMAN, Adrian: *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, (Oxford, Oxford University Press), pp. 363-384.
- KOOPMANS, Tim, *Courts and Political Institutions: A Comparative View* (Cambridge, Cambridge University Press), 2003.
- LANGBEIN, John (1985): "The German Advantage in Civil Procedure", *University of Chicago Law Review* 52, pp. 823-866.
- LOPEZ DE SILANES, Florencio (2002): "The Politics of Legal Reform", *G-24 Discussion Paper Series* No.17. Disponible en línea en <http://www.unctad.org/en/docs/pogdsmdpbg24d17.en.pdf>
- MARCUS, Richard (1999): "Malaise of the Litigation Superpower" en ZUCKERMAN, Adrian: *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, (Oxford, Oxford University Press), pp. 71-116.
- MICHALIK, Paul (1999): "Justice in Crisis: England and Wales" en ZUCKERMAN, Adrian: *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, (Oxford, Oxford University Press), pp. 117-165.
- POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica), 2000, 682 pp.
- SCHLESINGER, Rudolf, *Comparative Law* (6 ed.), Foundation Press, 1995.
- SHAPIRO, Martin (1981): *Courts. A Comparative and Political Analysis* (Chicago, The University of Chicago Press).
- TYLER, Tom, HUO, Yuen y LIND, Allan (1999) "The Two Psychologies of Conflict Resolution: Differing Antecedents of Pre Experience Choices and Post Experience Evaluations", *Group Processes and Intergroup Relations* 2 (2).
- WOLF, Lord (1996) *Access To Justice: Final Report* (HMSO)

- ZUCKERMAN, Adrian (1999): "Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure" en ZUCKERMAN, Adrian: *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, (Oxford, Oxford University Press), pp. 3-52.

Serie Informe Político

Últimas Publicaciones

- N° 93 **Encuesta de Corrupción 2006:
Percepción y Realidad**
Ignacio Illanes
Mayo 2006
- N° 94 **Primarias en Chile: Una Propuesta**
Ena Von Baer
Agosto 2006
- N° 95 **La Justicia Civil y Comercial Chilena
en Crisis: Bases para
el Diseño de su Reforma**
José Francisco García y
Francisco Javier Leturia
Octubre 2006

LIBERTAD 
DESARROLLO