

I. INTRODUCCIÓN

El Poder Judicial puede ser considerado, a la vez, como el más fuerte y el más débil organismo del Estado. Es el más fuerte, desde que un juez puede resolver la inconstitucionalidad de una ley o de un acto de la administración central, e incluso enviar a los integrantes de los demás poderes a la cárcel. Pero al mismo tiempo, los jueces sólo deciden en los casos concretos siguiendo procedimientos objetivos que les establecen límites, y dependen de los demás poderes del Estado para que sus órdenes y sentencias se ejecuten.

Se ha entendido que el Judicial no es un poder estrictamente político, en el sentido de que sus integrantes no son el producto de elecciones democráticas populares, no hacen campañas proselitistas ni sus cargos dependen del cumplimiento de un mandato. Su tarea, lejos de seguir los vaivenes de las decisiones políticas, supone otorgar estabilidad y certidumbre a las reglas jurídicas por las cuales se rigen las relaciones entre las personas.

En este sentido, los procedimientos de designación de los jueces se vinculan con la ponderación de exámenes y antecedentes profesionales -académicos y judiciales-, evaluados por especialistas, y la permanencia en sus cargos depende más de su buena conducta y desempeño que del transcurso de determinados plazos. En cierto modo, así como es razonable y conveniente que los miembros de los órganos políticos representativos sean renovados periódicamente, también parece serlo que los jueces contribuyan a la estabilidad de las doctrinas jurisprudenciales y su lenta evolución, lo que muchas veces se facilita cuando permanecen largos períodos ejerciendo su magisterio y son reemplazados de manera escalonada cuando se producen vacantes.

Precisamente una labor fundamental del Poder Judicial consiste en brindar estabilidad y certidumbre jurídica, así como garantizar la protección de los derechos individuales, incluso frente al avance de las demás autoridades del Estado. De allí la diferencia en su sustrato y organización, y la necesidad de que funcione como un órgano totalmente independiente del gobierno propiamente dicho.

Por otro lado, las decisiones de los jueces tienen consecuencias que van más allá de lo que se discute en el caso concreto. Al mismo tiempo que definen derechos entre las partes, producen externalidades respecto de terceros y contribuyen a formar un cuerpo de normas y principios –la jurisprudencia- que servirá de guía a otros jueces y a las partes que intenten solucionar privadamente sus conflictos futuros.

En este sentido, si bien en virtud del principio de congruencia la sentencia sólo puede y debe referirse a las partes en el juicio (Fallos: 321:221)¹, es posible identificar una multiplicidad de destinatarios de la resolución del juez, algunos que reciben el impacto en forma directa, otros de manera indirecta, algunos en forma inmediata, otros a mediano o largo plazo. Hay quienes están a la expectativa de esa decisión, mientras que otros ni siquiera la esperan. Pero para todos ellos, que el juez decida, cuándo y en qué términos lo haga, tendrá consecuencias de algún tipo².

Ha señalado la Corte Suprema que debe considerarse incluido en la garantía de la defensa en juicio el derecho a obtener una decisión judicial adecuada (Fallos: 323:747). Todo el proceso que sigue distintas etapas respetando el debido proceso y la defensa en juicio, tiene por objeto llegar a ese pronunciamiento judicial dentro de un plazo razonable (Fallos: 322:663).

La sentencia deberá resolver del mejor modo posible el litigio entre las partes, generando certidumbre al definir derechos. Si lo hace en forma rápida y a bajo costo, estará contribuyendo a disminuir costes

1 Ver Alsina Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar Ed., Buenos Aires, 1961, T. IV, p. 94. El principio de congruencia, como expresión de la defensa en juicio y del derecho de propiedad, reconoce jerarquía constitucional (Fallos: 321:469).

2 Rojas, Ricardo Manuel, “¿Para quién escriben los jueces? Algunas reflexiones sobre el lenguaje judicial y sus consecuencias”, *Revista de Análisis Institucional*, Fundación Friedrich A. von Hayek, N° 2, marzo de 2008, p. 190.

de transacción; si es lenta, burocrática y cara, los incrementará. Por otra parte, esa sentencia no sólo tendrá efectos respecto de los litigantes, sino que además provocará consecuencias para afectados indirectos tales como acreedores, deudores, empleados, socios, clientes, parientes, víctimas, etc., que tienen interés en lo que se resuelva. Por tal motivo los jueces deben ponderar las consecuencias posibles de sus decisiones y –mientras la ley lo consienta- han de prescindir de aquellas que sean notoriamente disvaliosas (Fallos: 313:532).

Pero al tiempo que resuelve un conflicto concreto, esa sentencia estará contribuyendo a elaborar normas jurídicas a través de la jurisprudencia, que no sólo serán una guía para el mismo u otros jueces que deban decidir casos similares en el futuro, sino que enviará una señal a la gente que servirá para ordenar sus acciones, al permitirle prever cuáles podrán ser las consecuencias de su conducta si eventualmente debiera discutirse en los tribunales. Ello permitirá que muchos conflictos no lleguen siquiera a verse judicializados, en la medida en que los involucrados busquen mecanismos privados para llegar a arreglos más eficientes, cuando la jurisprudencia les permite predecir la solución judicial más esperable.

La importancia económica de las sentencias

Quando se aborda el tema desde el análisis económico, es posible evaluar la calidad de las decisiones judiciales desde su eficiencia, según sea su contribución para disminuir costos de transacción y definir derechos de propiedad. Los jueces deben advertir que, con sus decisiones, no sólo están buscando alcanzar la solución más justa posible en el caso concreto –sea cual fuere el criterio de justicia que utilicen-. También están influyendo directamente sobre las posibilidades de crecimiento o disminución de la riqueza y el bienestar en términos generales, que puede producirse como consecuencia de los incentivos creados a partir de la aplicación de las normas que están contribuyendo a formar al resolver casos concretos. Este aspecto de la decisión judicial comenzó a estudiarse en profundidad a partir del trabajo fundacional de Ronald Coase vinculado con el costo de la legalidad³.

3 Coase, Ronald H., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, University of Chicago Press, vol. 3 (Oct. 1960), pp. 1-44.

Coase partía de considerar que el mecanismo de asignación de recursos más eficiente es el mercado, es decir, la libre y voluntaria decisión de cada persona sobre la base de sus preferencias y el ejercicio de derechos de propiedad. Sin embargo, como se dijo, ese proceso de decisiones voluntarias puede verse alterado, o bien porque los derechos de propiedad no están bien definidos o no pueden ser ejercidos, o bien porque los costes de transacción son demasiado elevados. En ambos casos, la asignación se torna ineficiente o imposible.

En estas condiciones, un sistema judicial adecuado puede permitir que los derechos de propiedad se ejerzan de manera clara y rápida. Al mismo tiempo, puede contribuir a que en ejercicio de tales derechos se tomen decisiones y resuelvan disputas con los menores costes posibles.

A la inversa, un sistema judicial deficiente puede imprimir a las relaciones sociales altísimos costes de transacción. La imposibilidad de ejercer los derechos, ya sea por obstáculos legales o mayores costes, impide que las personas apliquen sus recursos a las actividades más eficientes de acuerdo con el orden de sus preferencias.

Por otra parte, la solución que mejor contribuye a la creación de riqueza general no es el único parámetro que permite medir la eficiencia de las decisiones judiciales. Como se verá más adelante, una función básica de la jurisprudencia consiste en establecer un conjunto de normas, doctrinas o criterios ciertos y estables, que hagan predecible el orden jurídico. Indirectamente, esta función contribuye a la creación general de riqueza, al permitirle a cada persona hacer sus planes pudiendo prever las consecuencias de sus actos en caso de conflicto. Conocer los criterios según los cuales los jueces decidirán disputas futuras, es un elemento muy útil para minimizar reclamos o encontrar mecanismos alternativos rápidos y económicos para solucionar los que ocurran.

De este modo, el juez tiene el desafío de dictar, en una misma resolución, en forma clara, sin ambigüedades y comprensible para distintos públicos, una decisión que, haciéndose cargo adecuadamente de los argumentos de las partes y las pruebas que ellas presentaron, ponga fin al conflicto, que pondere las externalidades que su decisión tendrá respecto de quienes no son parte, y enuncie una norma abstracta que operará como guía para la solución de casos futuros. En tales condiciones, es posible afirmar que más que una ciencia, la redacción

de una buena sentencia es un arte que el juez debe cultivar con dedicación y cuidado.

La noción de seguridad o certidumbre jurídica ha transitado alrededor de la tensión que produce ese enfrentamiento entre la búsqueda de la solución eficiente y razonable del caso y el respeto a los precedentes sólidamente establecidos, que permiten poner en claro las reglas de juego sobre las cuáles giran las expectativas y decisiones de las personas⁴. Esa noción se asienta en el hecho de que la actividad judicial –vista desde la teoría de juegos–, es un juego repetido en el que resultan de fundamental importancia, tanto el resultado del caso concreto, como las expectativas generadas para la solución de las interacciones futuras⁵.

Este trabajo tiene por objeto presentar o exponer distintos aspectos que se vinculan con este arte de dictar una sentencia. ¿Debe el juez buscar la solución más eficiente del caso que debe resolver o priorizar la estabilidad de la jurisprudencia a la que está contribuyendo a formar? ¿Debe el juez ser claro y conciso en su decisión, o elaborar extensas explicaciones teóricas vinculadas con el derecho aplicable? ¿Debe basarse exclusivamente en lo que disponen las leyes y la jurisprudencia, o buscar soluciones basadas en la justicia, la equidad u otros valores? ¿Influyen en la decisión del juez sus prejuicios o preconceptos? ¿Hay forma de evitarlos o minimizarlos? ¿Bajo cuáles estándares puede afirmarse que una sentencia se encuentra debidamente fundada? ¿Cómo incide la decisión judicial en la confianza de la comunidad en el orden jurídico, es decir, en la seguridad jurídica?

Asimismo, abordaré otras cuestiones vinculadas con la magistratura, tales como las garantías para la independencia e imparcialidad de los jueces, y los límites de sus facultades jurisdiccionales.

4 Rojas, Ricardo Manuel, "Los alcances de la decisión judicial", en 15 años del Centro de Formación Judicial, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, 2014, p. 338.

5 Sobre las particularidades de los juegos repetidos, ver: Aumann, Robert John, "Survey of Repeated games" en *Essay in Game Theory and Mathematical Economics in Honor of Oskar Morgenstern*, Bibliographisches Institut Mannheim, Wein, Zurich, 11-42, 1981; Friedman James W., *Game Theory with Applications to Economics*, Oxford University Press, 2nd. Edition, 1990; Kalai, Ehud and Stanford, William, "Finite rationality and interpersonal complexity in repeated games", *Econometrica*, vol. 56 n° 2 (1988), p. 397-410; Nash, John F., *Essays on Game Theory*, Edward Elgar Publishing, 1996.

II. EL CARÁCTER PÚBLICO O PRIVADO DE LAS DECISIONES JUDICIALES

La actividad del Poder Judicial puede examinarse desde un doble aspecto: a) el de la prestación del servicio de justicia (como institución), y b) el de la solución de un caso concreto (como juez o tribunal que interviene en el caso).

El primer aspecto es el del servicio de justicia concebido como una institución del Estado, que se encuentra rodeado de determinadas características que serán evaluadas en este trabajo. Por su parte, las sentencias como solución de casos concretos, pueden a su vez ser examinadas en su carácter de bien privado que determina derechos que ingresan al patrimonio de las partes, y en su componente de bien público, vinculado con la doctrina judicial destinada a orientar decisiones futuras.

1. El servicio de justicia

La prestación del servicio de justicia ha sido considerada como una de las funciones esenciales del Estado. La tradición liberal que surgió como un modo de poner límites al autoritarismo, entendió que esta función es indelegable, ya que junto con la seguridad y la defensa constituyen una barrera protectora de los derechos individuales, no solo como árbitro de conflictos producidos en las relaciones interpersonales, sino también frente al avance de la autoridad estatal sobre los individuos.

A estos servicios esenciales se los entendió indivisibles, en la medida en que resulta prácticamente imposible individualizar a sus destinatarios o beneficiarios. Se trata de servicios ofrecidos por el Estado de ma-

nera indiscriminada, todos tienen la posibilidad de utilizarlos y beneficiarse con ellos, y en principio no se podría excluir a nadie de su consumo, sea por motivos económicos o burocráticos. En el caso del servicio de justicia, si bien es posible diferenciar su uso estableciendo un precio que permitiera brindarlo sólo a quienes paguen por él, las particularidades propias como función esencial del Estado harían que resultase políticamente inconveniente y económicamente oneroso hacerlo⁶.

La teoría institucional ha permitido mejorar los procedimientos para la solución alternativa y privada de conflictos, y como veremos en este capítulo la mayoría de los reclamos que se producen permanentemente son resueltos sin intervención de la justicia estatal. Sin embargo, el servicio de justicia es considerado como la “*ultima ratio*” del orden jurídico, en el sentido de que provee la solución o razón final para resolver las disputas cuando todos los demás mecanismos fallan. En una visión lockeana del pacto social, es lo que evita el uso de la fuerza física entre las personas que mantienen conflictos entre sí.

En este aspecto, el servicio de justicia tiene dos finalidades generales: por un lado es un proceso de resolución de conflictos y aplicación supletoria de la ley disponible a todas las personas, y por otra, es un productor de doctrinas y normas –la jurisprudencia–, que brinda determinados criterios generales de certidumbre jurídica y guía las acciones de quienes deberán resolver conflictos similares en el futuro. Sin embargo, aun cuando se lo considere un servicio público y disponible por todos, esto no lo convierte automáticamente en un bien público, en el sentido en que se lo ha entendido en la literatura económica.

La teoría de los llamados “bienes públicos” tuvo su inicio en la doctrina económica por obra de sendos escritos de Paul Samuelson, publicados en 1954 y 1955⁷.

Se consideró que este tipo de bienes tiene dos características esenciales: por una parte, son bienes que, o bien se producen para todos sin

6 Rojas, Ricardo Manuel; Schenone, Osvaldo, Stordeur (h), Eduardo, *Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2012, p. 39.

7 Samuelson, Paul A, “The pure theory of public expenditure”, *Review of Economics and Statistics* 36 (noviembre de 1954), pp. 387-389 y “A diagrammatic exposition of a theory of public expenditure”, *Review of Economics and Statistics* 37 (noviembre de 1955), pp. 350-356.

discriminación o no se producen, pues no son susceptibles de exclusión; y por otra parte, estos bienes no disminuyen por el hecho de que los consuma un mayor número de personas. Estas características son conocidas como de no exclusión y no rivalidad⁸.

Samuelson ponía como ejemplo los faros colocados en las costas para evitar que los barcos encallen. Dichos faros estaban allí para ser aprovechados por todo aquel que los necesitara sin limitaciones o restricciones, y su aptitud para ser usado no disminuía por el hecho de que fuese aprovechado por un mayor número de barcos. La imposibilidad de excluir a nadie ni poner límites a la cantidad de beneficiarios desalentaban –según Samuelson–, la producción privada de estos bienes, pues si su productor no tenía la facultad de excluir a quienes no pagaran por él, todos tratarían de disfrutarlo sin pagar, colocándose en la categoría de *free riders*. Ello haría que los particulares decidiesen no producir el bien, o lo harían de manera deficiente.

Por ello, la solución propuesta por Samuelson era que bienes tan necesarios como los faros para la navegación segura, sólo podrían ser provistos por la intervención estatal⁹. El argumento de Samuelson y sus seguidores fue respondido, con el mismo ejemplo del faro, mostrando que el problema de los llamados bienes públicos tiene muchas veces más que ver con la necesidad de definir mejor los derechos de propiedad, reducir costes de transacción, y el desarrollo de tecnología e instituciones que faciliten a bajo costo la posibilidad de exclusión¹⁰.

8 Benegas Lynch (h), Alberto, “Bienes públicos, externalidades y los free-riders: el argumento reconsiderado”, en *Libertas* n° 28, mayo de 1998, p. 200.

9 Rojas, Ricardo Manuel, *Las contradicciones del derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 59-60.

10 Fue Ronald H. Coase quien mostró en un conocido artículo que, por el contrario, en su Inglaterra natal los faros habían sido privados durante un lapso muy considerable de tiempo y sin problemas de financiamiento. Tras un repaso histórico de la construcción de faros en las costas del sur de Inglaterra, Coase advirtió que, si bien el mar es un bien de dominio público, los puertos eran privados, de modo que los dueños de los puertos tenían interés económico en que los barcos pudieran llegar a salvo a sus costas, y por lo tanto ellos construyeron los faros. Es decir: la construcción y mantenimiento de faros se pagaba con el mayor ingreso percibido por los dueños de los puertos que, al ser más seguros, atraían a mayor cantidad de barcos que sí pagaban por los servicios que el puerto les brindaba, incrementando así su negocio (Coase, Ronald J., *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza Editorial, 1994. Ver Rojas, Ricardo M., Schenone, Osvaldo, Stordeur (h), Eduardo, *Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado*,

Si se toma la definición clásica de bien público como aquel donde no se puede ejercer derecho de exclusión y su mayor uso no disminuye su cantidad y calidad (no exclusión y no rivalidad), el servicio de justicia no está incluido en esa categoría. Aun cuando se convenga que no pueda restringirse el acceso a la justicia, dicho acceso irrestricto provocará conflictos entre los demandantes en la medida en que el incremento en la demanda producirá un deterioro en la prestación. O, en otras palabras, un incremento en la demanda generaría escasez y rivalidad.

En efecto, las causas judiciales compiten entre sí por recursos escasos, de modo que no es indiferente la cantidad de casos existentes para que pueda brindarse el servicio; y cuando los recursos se agotan, parte de la demanda resulta insatisfecha.

El acceso al sistema judicial irrestricto y sin costo económico inicial para el peticionante genera incentivos para su uso excesivo, que conducen a su saturación, produciendo grandes demoras, decisiones de mala calidad y en general una situación de alta ineficiencia.

La morosidad en la tramitación de las causas actúa entonces como un precio de mercado: la excesiva demora y la disminución en la calidad del producto tienden a desalentar la demanda de protección legal y a aumentar en la gente el temor por los resultados impredecibles que genera la saturación de los tribunales. En tales condiciones, aumenta el piso de conflictos que las personas consideran que no vale la pena judicializar y tales conflictos, o bien permanecen sin solución, o bien se buscan soluciones alternativas por fuera del sistema judicial formal. Cuando la demora disminuye, se produce el fenómeno inverso, la demanda de justicia estatal tiende a incrementarse y el nivel de satisfacción nuevamente resulta difícil de alcanzar¹¹.

Por lo tanto, puede concluirse que existe un punto óptimo de equilibrio en el cual, dados determinados recursos destinados a la administración de justicia, se podrá satisfacer una cantidad aceptable de conflictos¹².

op. cit., pp. 40-41).

11 Alvarez, Gladys S., *La mediación y el acceso a la justicia*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 20.

12 Esta afirmación debe ser entendida en el contexto de un examen teórico del tema,

Aun cuando desde el punto de vista político no se acepta como solución poner un precio monetario real a la prestación de este servicio, que cumpla con la función característica de nivelar la oferta y la demanda, el precio se establece de todos modos, y no es monetario ni visible, sino que se traduce en demoras o insatisfacción en el servicio, que generalmente perjudica a quienes tienen derechos legítimos que requieren tutela judicial.

Normalmente, el servicio es totalmente gratuito, o se establecen tasas de justicia que muy difícilmente cubran una parte mínima de los costos del servicio ni sirvan como disuasivo para evitar litigios¹³. En los países donde el servicio de justicia no es completamente “gratuito” para los litigantes, existen tres alternativas para imputar el pago de la tasa de justicia: 1) se puede cobrar al demandante, que es quien solicitó la prestación del servicio; 2) se puede cobrar a ambas partes, pues en definitiva, con independencia de quien inició la demanda, la solución final del juez interesa a ambos; 3) se puede imputar el pago al vencido, que es quien, con su conducta, provocó alguna lesión a derechos ajenos (incumplimiento contractual, daños, delitos, etc.), que generó la intervención judicial. Cada una de estas soluciones produce efectos económicos y genera incentivos que deberán ponderarse antes de establecer las normas que rijan el tema.

Pero el punto fundamental es que, aun cuando se puede fijar fácilmente un precio al servicio, la condición de función esencial del Estado que posee la administración de justicia, hace que no se apliquen las

pues el cálculo en la práctica se verá complicado debido a la complejidad de los conflictos judiciales y las innumerables decisiones subjetivas que cada involucrado adoptará para enfrentar cada conflicto. Pero dentro de esas limitaciones, no es descartable la posibilidad de evaluar de qué manera el incremento de cada unidad marginal de recursos destinados a la administración de justicia, repercutirá en una mejora general del servicio.

13 A modo de ejemplo, la tasa de justicia por una causa penal, que debe abonar la persona que resulta condenada por sentencia firme, que no ha sido actualizada desde hace unos treinta años, al momento en que escribo este trabajo es el equivalente de aproximadamente entre 2 y 3 dólares. Se supone que esa tasa cubre todos los gastos de la investigación, participación del ministerio público, órganos de prevención, justicia propiamente dicha en dos o tres instancias, peritajes, informes, etc. Por supuesto que casi nadie paga esa tasa, pues se ha resuelto con buen criterio que resultaría más costoso para el Estado promover una acción ejecutiva para cobrar ese monto, que el monto en sí.

reglas de la determinación de precios, pues ello dejaría fuera a muchas personas, lo que resulta políticamente inadmisibile.

Por ello, una visión económica de la actividad judicial, a la luz de estas características, permite extraer algunas conclusiones:

1. La prestación estatal del servicio de justicia, debería servir para disminuir el costo social que generan los conflictos.

Situaciones tales como la comisión de delitos, incumplimientos contractuales o daños, producen una disminución general de la riqueza, al desalentar, entorpecer o generarle mayores costos a la inversión de capital. Todo mecanismo tendiente a evitar la producción de tales hechos o a solucionar rápidamente los reclamos que generen, con bajos costos de transacción, tiene un valor muy alto para garantizar la convivencia y la cooperación social, y para fomentar la inversión de capital en actividades productivas.

Este tipo de conflictos generalmente mantiene capital inactivo (dinero, acciones, bienes de todo tipo, la autorización para operar de personas jurídicas, etc.). Cuanto más rápidamente se logre una decisión definitiva del conflicto, mucho más rápidamente se asignarán derechos de propiedad sobre dicho capital, con el consecuente beneficio para los involucrados, e indirectamente para la sociedad.

2. Toda vez que en principio nadie puede ser excluido del servicio de justicia, el sistema judicial debería organizarse de manera tal que permita utilizar los recursos, que son limitados, del modo más eficiente posible para enfrentar el peligro de sobreexplotación.

Esta limitación en los recursos ha llevado a considerar que resulta más eficiente concentrar los mayores gastos allí donde las consecuencias del error o la arbitrariedad judicial son más gravosas. Por ello se prefieren tribunales colegiados para juzgar delitos más graves y juzgados unipersonales para atender a infracciones más leves. Del mismo modo, se desarrollan garantías constitucionales mucho más costosas y elaboradas en materia penal que en otras áreas que discuten cuestiones exclusivamente patrimoniales¹⁴.

14 Ver Rojas, Ricardo M., Schenone, Osvaldo, Stordeur (h), Eduardo, *Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., pp. 171-172. Landes, William M., "An Economic Analysis of the Courts", *Journal of Law and Economics* 14 (1971), p. 61 y ss; Posner, Richard A., "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial

Esto permite emplear de manera más razonable los recursos escasos, teniendo en cuenta que existe un punto óptimo de inversión más allá del cual seguir gastando en garantías procesales no sólo no contribuirá a brindar mayor seguridad, sino además generará mayores demoras y complicaciones a los procesos. Es que, sea cual fuere el nivel de gastos en resguardos procesales, no podrá eliminarse totalmente el riesgo del error judicial¹⁵.

Entonces, para lograr un más eficiente empleo de los recursos en la prestación del servicio de justicia, se debería propender a una disminución en la cantidad de litigios, alentando la solución por otras vías, y haciendo más expeditivos los procedimientos judiciales. La formación de jurisprudencia confiable y el reconocimiento de legitimidad a las decisiones alternativas privadas, serán elementos de gran utilidad en este sentido.

Las características del servicio de justicia no son indiferentes para los potenciales consumidores, y sólo podrá ser ofrecido en la medida de los recursos que el Estado disponga para su prestación, independientemente de que alcancen o no para satisfacer la demanda. Cuando la demanda supera a la oferta, las expectativas de algunos litigantes se verán frustradas.

En un ámbito de bienes privados, la cuestión se resuelve mediante el precio, que finalmente nivela oferta y demanda, pero la característica de no exclusión que poseen los bienes públicos impide resolver el problema de ese modo. Por el contrario, la virtual gratuidad del servicio alienta la proliferación de litigios que podrían evitarse o resolverse por otras vías, lo que incrementa la sobre-demanda y la consecuente escasez. Si el servicio de justicia se decidiera de acuerdo con su precio,

Administration", *Journal of Legal Studies* 2 (1973), p. 399 y ss; en la misma revista y número: Gould, John P., "The Economics of Legal Conflicts, p. 279 y ss.

15 La Corte Suprema ha señalado esta circunstancia, al resolver sobre su propia condición de tribunal "supremo" que no reconoce ningún otro por encima suyo. Sostuvo parte del Tribunal al respecto que si para escapar al peligro de error posible hubiera que conceder recurso de las decisiones de la Corte, para escapar a idéntico peligro habría que conceder recurso de las decisiones del Tribunal que pudiera revocar las decisiones de la Corte y de éste a otro por igual razón, estableciendo una serie que jamás terminaría porque jamás podría hallarse un tribunal que no fuera pasible de error (Fallos: 320:854, voto de los jueces Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vázquez).

probablemente sólo se lo usaría en aquellos casos en que resulta realmente útil, y se esté dispuesto a pagar por él.

Lo que finalmente equilibra la cantidad de trabajo y de recursos, cuando no existe precio o derecho de exclusión, es la morosidad judicial. Los jueces van resolviendo los asuntos en la medida de los recursos disponibles, y muchos de ellos finalmente no se resuelven o se lo hace luego de muchos años. La no exclusión y la “gratuidad”, a la postre son pagados por los litigantes cuyos derechos deberían ser protegidos por el sistema judicial, si funcionara correctamente, quienes se quedarán sin protección como consecuencia de la saturación del sistema. En definitiva, quienes resultarían ganadores de los juicios, terminan subvencionando un sistema ineficiente que beneficia a quienes deberían perder y pagar. Ese es el verdadero precio sombra que pagan, no quienes violaron derechos o provocaron la intervención judicial, sino quienes son agredidos y buscan la protección judicial que finalmente no consiguen, o llega demasiado tarde.

Para solucionar este problema de saturación, normalmente se propone incrementar la oferta del servicio, cuando en realidad parece mucho más razonable tratar de disminuir la demanda. En efecto, frente a la morosidad judicial, se aboga por la creación de más tribunales, mayor dotación de empleados, mejoras tecnológicas. Todo ello supone la inversión de recursos que normalmente no abundan. Por otra parte, estudios sobre la decisión política muestran que el incremento de la burocracia crea su propia demanda, de modo que un aumento en el aparato burocrático judicial no se verá reflejado de manera directa y proporcional en un incremento en la solución de conflictos¹⁶.

16 No efectúo esta afirmación en el sentido que le dio Jean-Baptiste Say (*Cour complet d'Économie politique pratique*, H. Dumont Libraire-Éditeur, Bruxelles, 1837) en lo que se ha conocido como la Ley de Say, sino que me refiero al hecho que ha resultado claro en el estudio de la burocracia por el incremento de recursos destinados a formar un aparato judicial más grande requerirá emplear parte de esos recursos para mantener al propio órgano burocrático y no para prestar un mejor servicio. Una visión empírica de esto pude vivirla en mi paso como Secretario Letrado por la Corte Suprema en la segunda mitad de los años 80 y los primeros años de los 90 del siglo pasado, donde el incremento de cinco a nueve ministros generó un aumento enorme tanto en la cantidad de letrados, como en la de nuevas secretarías y organismos administrativos dentro del Tribunal, que no tuvo un reflejo en la mejora del servicio, a pesar de la cantidad de recursos que insumió.

También se sostiene que para mejorar el servicio los procedimientos deben ser ágiles, sencillos y rápidos. Sin embargo, no debe olvidarse que el costo que implican ciertas formalidades procesales –en especial en materias como el derecho penal–, tienen su justificación en el intento por evitar un costo superior, que es el de la arbitrariedad o el error judicial. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que si bien no cabe discutir las atribuciones del legislador para establecer mecanismos tendientes a lograr una justicia rápida, ello no puede legitimar el empleo de medios que pugnan con la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso (Fallos: 272:70).

Por el contrario, un análisis económico mostraría probablemente que resulta más eficiente intentar que disminuya la demanda de justicia, es decir, que una menor cantidad de litigios deban ser resueltos en los tribunales. Hay varias formas de lograr esto: incrementar las tasas de justicia para quienes pierdan juicios –y así desalentar demandas temerarias–, fomentar formas privadas de resolución de conflictos, a través de la intervención de mediadores o árbitros; agilizar y desburocratizar determinados procedimientos judiciales, mejorar la legislación en varias áreas para disminuir costos de transacción, definir derechos de propiedad u otras soluciones legales que hagan innecesarios los juicios, etc.

Otra de las formas de disminuir la litigiosidad se vincula con uno de los temas principales de este trabajo, y remite a la calidad de las decisiones judiciales y especialmente de lo que ellas producen: la jurisprudencia. La existencia de criterios claros respecto de cómo se resolverán los conflictos, permitirá a los potenciales contendientes hacer un cálculo de los costes y beneficios de continuar por la vía judicial, frente a la alternativa de buscar un acuerdo que sea más beneficioso para ambas partes. Por el contrario, una jurisprudencia errática, confusa, cambiante, puede generar incentivos para buscar a través del litigio una solución más favorable para los propios intereses, que aunque a primera vista no parezca el camino correcto, se convertirá en una alternativa razonable cuando la decisión de los jueces es impredecible.

La sensación de seguridad jurídica que provoca la certidumbre sobre los criterios judiciales, reduce sensiblemente los costos de transacción y permite una más eficiente interacción social. Al contar con criterios claros sobre las decisiones esperables en los jueces, podrán

las partes encontrar soluciones consensuadas que mejoren la performance esperada, ya sea en el resultado, o en el ahorro de tiempo y dinero¹⁷. Las personas estarán mejor dispuestas para contratar con resguardos mínimos cuando confían en que si se produce un conflicto, éste será resuelto según criterios razonables y bien conocidos.

Como señala Posner, la producción de precedentes judiciales tenderá a aumentar cuando su valor social aumente como consecuencia de un incremento en la incertidumbre legal, y viceversa¹⁸. En la medida en que las personas no tengan una idea clara de cómo responderá un juez frente a un conflicto entre ellas –es decir, que no existan precedentes sólidos al respecto–, crecerá la cantidad de demandas judiciales formuladas por personas que, poco adversas al riesgo, esperan encontrarse con una decisión judicial favorable, aun cuando las probabilidades sean bajas.

Esta función esencial de la jurisprudencia puede advertirse en el modo en que la Corte Suprema de Estados Unidos selecciona aquellos recursos que decide resolver año tras año. Anualmente se presentan para la consideración de la Corte varios miles de peticiones de revisión, de los cuáles el tribunal selecciona unos cien a doscientos, que son los que en definitiva resolverá, desechando el resto de manera automática. Esos casos son escogidos, en buena medida, por la trascendencia social del tema, su gravedad institucional, y fundamentalmente, cuando se requiere que la Corte establezca una doctrina jurídica para ser seguida por tribunales inferiores. Esto ocurre cuando existe jurisprudencia contradictoria entre cortes federales y estatales, o puntos donde no se ha establecido un criterio aun.

En tales supuestos, la Corte puede decidir que resulta importante su intervención, fundamentalmente porque de ese modo promoverá gran cantidad de soluciones privadas a futuros pleitos. Los litigantes perderán el interés de llevar el asunto ante los tribunales, en la medida en que puedan prever lo que ellos resolverán, y buscar una solución más eficiente para ambos¹⁹.

17 Rojas, Ricardo Manuel, "La utilidad del análisis económico en la labor de fiscales y defensores penales", en *Uso Estratégico del Derecho*, Velea, Caracas, 2010, p.244.

18 Posner, Richard A., *El análisis económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 522.

19 A diferencia del criterio empleado por la Corte de Estados Unidos, en la Corte