

.....
Alejandro Alberto Fiorenza
.....

Introducción al análisis económico y conductual del Derecho procesal

PRÓLOGO
ALFREDO BULLARD

JIB
BOSCH EDITOR

.....

En este libro, de tinte divulgativo, se introduce al lector en dos métodos de estudio del derecho: uno que ya tiene cierto andar, como es el caso del análisis económico del derecho (AED); y otro de factura más reciente, que es el análisis conductual del derecho (ACD). Pero ello no es todo, porque ese caudal de herramientas conceptuales y multidisciplinares se vuelca –luego– al ámbito específico del derecho procesal, dando nacimiento, así, a lo que se ha dado en llamar análisis económico y conductual del derecho procesal (AECDP).

A partir de este último se ofrece un nuevo punto de vista desde el cual analizar el derecho procesal, que se centra en la conducta que es observada por todos los que intervienen en un procedimiento judicial, sea como partes, como jueces, e incluso como terceros. Lo que resulta de suma importancia, porque es aquella, precisamente, la que se busca regular a través de las normas procesales. Y porque no debe olvidarse que el derecho, a final de cuentas, pretende una sola y única cosa: moldear el comportamiento humano, esto es, regular, incentivar e impulsar a los individuos para que se actúen de cierta manera y no de otras.



Alejandro Alberto Fiorenza

INTRODUCCIÓN AL
ANÁLISIS ECONÓMICO
Y CONDUCTUAL DEL
DERECHO PROCESAL

PRÓLOGO
ALFREDO BULLARD

Barcelona
2023


BOSCH EDITOR

© DICIEMBRE 2023 ALEJANDRO ALBERTO FIORENZA

© DICIEMBRE 2023



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-10044-18-0

ISBN digital: 978-84-10044-19-7

D.L.: B 20460-2023

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

PRÓLOGO.....	13
CAPÍTULO 1	
EL DERECHO PROCESAL	19
1. INTRODUCCIÓN	19
2. EL PROCESO JUDICIAL.....	21
2.1. El objeto del proceso	21
2.1.1. La razón de ser del proceso	22
2.1.2. El fin del proceso	24
2.2. El proceso en teoría.....	28
2.2.1. Un método	28
2.2.2. Un método epistémico.....	31
3. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL	34
4. ACTOS PROCESALES.....	39
4.1. Naturaleza.....	40
4.2. Finalidad.....	43
4.3. Nuestra definición.....	46
5. SITUACIONES PROCESALES.....	48
5.1. La dinámica procesal	50
5.2. Noción	52

5.3.	Clases	56
5.3.1.	La carga procesal.....	57
5.3.2.	El deber procesal.....	59
5.4.	La relación jurídica procesal.....	61
6.	SUJETOS PROCESALES	62
6.1.	Noción	63
6.2.	Clasificación.....	64
6.2.1.	Necesarios y eventuales.....	65
6.2.2.	Principales y secundarios	67
6.2.3.	Interesados y desinteresados.....	68
7.	LAS NORMAS PROCESALES	70
7.1.	Las normas	70
7.2.	Las normas jurídicas	72
7.3.	Las normas procesales.....	73
8.	EL DERECHO PROCESAL.....	75
8.1.	El derecho	76
8.2.	El derecho procesal	79
9.	LA EFECTIVIDAD PROCESAL.....	82
9.1.	Los valores jurídicos procesales.....	82
9.2.	El proceso efectivo	83
9.2.1.	La eficacia procesal	86
9.2.2.	La eficiencia procesal	87
 CAPÍTULO II		
	EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PROCESAL	91
1.	INTRODUCCIÓN	91
2.	EL ANÁLISIS ECONÓMICO	92
2.1.	La economía como ciencia.....	92

2.2.	La microeconomía.....	95
2.3.	El agente racional.....	97
2.4.	El análisis económico.....	100
3.	EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.....	102
3.1.	Introducción.....	102
3.2.	El sujeto normativo como agente racional.....	107
3.3.	El AED como método.....	112
3.4.	La superación del sentido común.....	114
3.5.	El AED en conclusión.....	118
4.	EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PROCESAL.....	120
4.1.	Introducción.....	120
4.2.	El sujeto procesal como agente racional.....	122
4.3.	El funcionamiento del AEDP.....	124
4.4.	El diseño procedimental.....	128
4.5.	La finalidad del AEDP.....	140
5.	CONCLUSIÓN.....	144
CAPÍTULO III		
	EL ANÁLISIS CONDUCTUAL DEL DERECHO PROCESAL.....	147
1.	INTRODUCCIÓN.....	147
2.	EN TORNO A LA RACIONALIDAD INSTRUMENTAL...	150
2.1.	Noción.....	150
2.2.	La concepción clásica.....	152
2.3.	La revolución cognitiva.....	158
2.3.1.	El papel de la psicología cognitiva.....	158
2.3.2.	Las heurísticas.....	161
2.3.3.	Los sesgos cognitivos.....	167

2.3.4. La economía conductual.....	173
2.4. Nuestra visión.....	182
3. EL ANÁLISIS CONDUCTUAL DEL DERECHO (ACD)	193
4. EL ANÁLISIS CONDUCTUAL DEL DERECHO PROCE- SAL (ACDP)	204
5. SESGOS COGNITIVOS PROCESALES	208
5.1. <i>Statu quo</i>	208
5.2. Anclaje	211
5.3. Estereotipos y prejuicios.....	216
5.4. Autoconfirmación	220
5.5. Aversión a las pérdidas.....	222
5.6. Disponibilidad	224
6. EMOCIONES.....	225
7. CONCLUSIÓN.....	234

PRÓLOGO

Hace poco más de dos décadas presidí un tribunal administrativo que tenía, por el tipo de asuntos de su competencia, algunos vocales abogados y otros economistas.

Como era de esperar, continuamente surgían problemas procesales: si un pedido era inadmisibile, improcedente o infundado; si una actividad procesal era nula o no; si debía admitirse una cierta prueba; si el tribunal era competente o no para entender una materia en particular; cuáles eran los pasos a seguir ante una determinada situación; cómo debía manejarse la celebración de una audiencia; etc. (y sigue una larga lista de etcéteras).

Podría pensarse que cuando surgían este tipo de asuntos, eran los abogados los que tomaban el liderazgo de la discusión y orientaban la decisión. Especialmente si se tiene en cuenta que lo procesal parece ser lo más «hardcore» del derecho. Porque se trata de un área dura y formalista, con reglas estrictas, que pueden arrastrar el procedimiento a callejones sin salida. Una ciencia que se compone de reglas casi inteligibles para el común de los mortales, reservadas solo para los que son eruditos en la materia. Al punto que transitar por lo procesal se presenta como una aventura difícil, que requiere de personas expertas y experimentadas, que conozcan muy bien lo jurídico y las trampas que pueden encontrarse en el camino. De ahí que dejarse

guiar, en tal ámbito, por alguien que no sea abogado parecería una irresponsabilidad.

Lo cierto es, sin embargo, que en aquel tribunal que integré, el más experto en derecho procesal no era un abogado sino un economista: Hugo Eyzaguirre; quién no había estudiado derecho, pero si había transitado por los caminos de la economía neoinstitucional (de hecho, era discípulo de Douglas North), y había prestado algo de atención –por tanto– al rol de las instituciones jurídicas y al análisis económico del derecho. Quizá sea por ello que cuando entre los abogados se originaba una discusión que parecía estéril, en torno a un problema procesal, aquél siempre lograba encontrar alguna solución. Él era muy bueno identificando las diferencias entre lo inadmisibile y lo improcedente; entre lo que se podía decidir bajo el *iura novit curia* y lo que no; le resultaba sencillo marcar con claridad cuáles eran los principios que debían orientar una declaración de nulidad; y no tenía problema alguno en arribar a una decisión respecto a si teníamos jurisdicción o competencia en un asunto particular.

Su capacidad era tal que lo apodábamos, medio en broma pero más en serio, «el procesalista de la Sala». Y desde aquel entonces me he preguntado si tal facilidad para entender lo procesal era consecuencia de una mera coincidencia; una inteligencia o intuición especial o natural; o si tenía algo que ver con su formación de economista.

Creo, en realidad, que hay mucho de todo. Pero también creo que su conocimiento de economía era fundamental.

En un principio atribuí esto último al hecho de que él contaba con un mayor entrenamiento en lo que vendría a ser la aproximación matemática a los problemas. Porque a final de cuentas, los economistas se preocupan mucho más por las matemáticas que los abogados. Y si se presta atención podrá advertirse que las reglas procesales pare-

cen fórmulas, cuya aplicación requiere la identificación de variables, que podrán arrojar diferentes resultados según cómo se las sustituyan.

Y si bien algo de cierto debe haber en aquella impresión inicial, actualmente puedo entender que la misma era aún una visión muy incompleta de sus habilidades.

Leyendo el libro de Alejandro Fiorenza, que éste gentilmente me ha pedido prologar, he tenido la oportunidad de refrescar y en parte reformular las posibles explicaciones de la agudeza de un procesalista economista.

He notado, por ejemplo, que el derecho procesal no es más que un conjunto de reglas de juego. Ya que éstas, a pesar de su aparente complejidad, se construyen sobre la base de unos pocos principios muy sencillos, como ser el de dar la oportunidad a las partes de ser oídas, y el de darles también un tratamiento igualitario. Y se orientan, en definitiva, a un fin: identificar una verdad para resolver un conflicto. Pero para conseguir esto último, es decir, para resolver el problema que se plantea a partir de las pretensiones y defensas esgrimidas por las partes, tanto éstas como el tribunal deben administrar recursos escasos, como el tiempo, el dinero, los espacios físicos para las audiencias, la actuación de los peritos y de los abogados, etc. De modo tal que, para cumplir con aquel objetivo no siempre sencillo (descubrir y decidir la verdad bajo la ley) cumpliendo –a su vez– unos principios simples, no podemos consumir todos los recursos que queramos. Porque nada es infinito, ni siquiera la verborrea de los abogados.

Pude entender, así, que dentro del proceso también hay que administrar lo que no es abundante para que alcance lo mejor posible; y que, por tanto, aún en su complejidad, los sistemas procesales deben construirse sin perder de vista el análisis costo-beneficio.

Es lógico, entonces, que un economista comprenda mejor el sentido de las reglas procesales, porque tiene un mejor entendimiento de las escaseces a las que se enfrenta todo proceso (no es extraño que los tribunales estén sobrecargados) y del sentido que usualmente se sigue para utilizar tales recursos. No por nada se suelen encontrar en los códigos procesales, al igual que en las sentencias de cortes y jueces, referencias al principio de «economía procesal» (muchas veces con ligereza) para reflejar la idea de que no tiene sentido seguir consumiendo más recursos en lo que se está haciendo, aún cuando el fin sea –por ejemplo– descubrir la verdad. Porque lo cierto es que ni siquiera ésta tiene un valor infinito.

Todo esto debe estar filtrado en la fría letra de los códigos procesales y, sin duda, aunque de manera enredada, en la mente de los procesalistas. Por ello no resulta extraño que un economista sea capaz de entender bien esta lógica, y resulte, en consecuencia, más asertivo en una decisión de lo que podría ser un abogado.

Ese es un primer punto importante que puede sacarse del interesante libro de Alejandro Fiorenza: el proceso es un pequeño sistema económico, cuyas reglas incorporan (o deberían incorporar) en su diseño la necesidad de un uso económico y eficiente de los recursos escasos con los que cuenta el juzgador. Porque lo cierto es que hasta el derecho de defensa tiene un precio que debe pagarse, y ese precio tiene que tener un límite. Por más que un abogado tenga muchísimo para decir en defensa de su cliente, no puede ocupar una sala de audiencia durante tres meses para dar su alegato oral. Y por más que los jueces se puedan equivocar, los recursos impugnativos deben tener un número limitado. Es innegable que, en tales casos, las reglas que rigen el proceso terminan dificultando el arribo a la verdad. Pero esto es algo común a toda actividad humana.

De ahí la importancia que tiene lo económico en el diseño de lo procesal; y la importancia que adquiere, también, el análisis económi-

co del derecho, porque como bien pone de resalto esta obra, aquél puede ayudar a un mejor diseño y una mejor aplicación de lo ya diseñado. Y se logra comprender, además, la razón por la que economistas, como Eyzaguirre, entienden mejor el juego procesal: saben que el balanceo de costos para alcanzar objetivos está (o debería estar) en la base del diseño y la construcción de las reglas procesales.

Aunque la cosa, como muestra el presente libro, no acaba allí.

Porque el proceso, decíamos, es un conjunto de reglas de juego. Bajo su mandato, tanto las partes, como sus abogados, los testigos, los peritos y los jueces, desarrollan conductas. Conductas que responden a incentivos y que se ven afectadas por sesgos cognitivos. Los jueces, por ejemplo, suelen caer en el sesgo de confirmación, por el cual se resisten a cambiar un concepto que ya han aceptado o un hecho que han dado como cierto; como así también en el de retrospectiva, por el que juzgan los hechos guiados por el resultado o «*outcome*» que ya conocen, pero que era ignorado por quien desarrolló la conducta que se enjuicia. Y así se pueden encontrar cientos de ejemplos más.

En cualquier juego, incluso el procesal, resulta esencial el estudio de la conducta humana y del modo en que los seres humanos reaccionan ante las reglas, porque a partir de ello se hace posible entender que pasará o puede pasar en aquél. En este sentido, no puedo dejar de recordar al ya mencionado Eyzaguirre, explicándonos cual sería la conducta de las partes, según que apliquemos las reglas procesales de una manera u otra.

Precisamente, la obra de Alejandro Fiorenza también nos conduce por los caminos de la economía conductual y nos abre los ojos respecto a la necesidad de entender que la racionalidad humana es limitada cuando buscamos establecer un conjunto de reglas y sus consecuencias.

El merito de este libro es adentrarse en un territorio agreste, en el que impera lo interdisciplinario. Porque aún cuando lo procesal pueda parecer reservado para abogados duros y formalistas, lo cierto es que se trata de una de las áreas donde más puede contribuir la economía, en orden a organizar, diseñar y aplicar soluciones eficientes y consistentes con los fines que se persiguen. Y escribirlo, seguramente, ha requerido el valor de enfrentar la reacción impetuosa (y por qué no decirlo, reaccionaria) de quienes se dedican a esta especial rama del derecho. Atento a que su contenido puede resultar incomodo para los que creen que lo procesal es un templo sagrado de conceptos al que no debe ingresar lo terrenal, porque puede ensuciarlo. Pero así son los libros que valen la pena: disruptivos con lo establecido y abiertos al cambio.

Como demuestra la historia de Eyzaguirre con la que comencé este prólogo, el derecho es, ante todo, terrenal. No resuelve problemas de dioses, sino de seres humanos. Y al efecto no tiene ningún sentido prescindir de la economía o de otras ciencias metodológicamente útiles, porque ello sería –en definitiva– como curar a un enfermo usando solo brujería.

Alfredo Bullard

Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale (EE.UU, 1991). Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, 1989). Doctor Honoris Causa por la Universidad Continental (Perú, 2012). Miembro del Consejo de la Facultad de Derecho PUCP. Socio de Bullard Falla Ezcurra +. Presidente de la Comisión Técnica de Reforma de la Ley General de Arbitraje que elaboró el proyecto de la actual Ley de Arbitraje del Perú.

Ex Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual del INDECOPI. Profesor de Análisis Económico del Derecho, Derecho Civil, Arbitraje y Derecho de la Competencia en la PUCP. Ha sido Profesor Visitante de Derecho de la Competencia en el Programa de Graduados de la Universidad Torcuato di Tella de Buenos Aires.

CAPÍTULO I

EL DERECHO PROCESAL

1. Introducción
2. El proceso judicial
3. El procedimiento judicial
4. Actos procesales
5. Situaciones procesales
6. Sujetos procesales
7. Las normas procesales
8. El derecho procesal
9. La efectividad procesal

CAPÍTULO II

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PROCESAL

1. Introducción
2. El análisis económico
3. El análisis económico del derecho
4. El análisis económico del derecho procesal

CAPÍTULO III

EL ANÁLISIS CONDUCTUAL DEL DERECHO PROCESAL

1. Introducción
2. En torno a la racionalidad instrumental
3. El Análisis Conductual del Derecho (ACD)
4. El Análisis Conductual del Derecho Procesal (ACDP)
5. Sesgos cognitivos procesales
6. Emociones
7. Conclusión

Alejandro Alberto Fiorenza

Abogado (UCA), Especialista en Magistratura (UCA), Doctorando en Derecho (UCA) y Maestrando en Argumentación jurídica (UNL); con estudios de Filosofía del Derecho, Derecho Informático, Derecho Ambiental y Derecho Económico realizados en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Relator en la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, Argentina. Expositor sobre temas vinculados al derecho procesal civil y al derecho de daños. Autor de once libros editados en la Argentina, España y Costa Rica; y de más de 200 artículos de doctrina que se han publicado en algunas de las revistas jurídicas más importantes de Argentina.