



**UNIVERSIDAD  
DEL PACÍFICO**

**Derecho**  
Facultad de Derecho

**UNA RECETA PARA EVITAR EL FRACASO DE OTRA  
REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA**

**Tesis presentada para optar al Título profesional de  
Abogado**

**Presentada por  
Nicolás Jorge Serván Eyzaguirre**

**Asesor: Huáscar Ezcurra Rivero**  
**[0000-0001-5004-8326](tel:0000-0001-5004-8326)**

**Lima, mayo 2022**

## Resumen

El problema de la congestión de las cortes en materia civil y comercial es un asunto de larga data con una reiterada historia de fracasos en los intentos de reforma. Esta tesis sostiene que la raíz del problema radica en que el diseño del sistema de justicia no ha considerado los incentivos privados que llevan a los litigantes a iniciar un proceso civil o comercial y, además, que se trata al sistema de justicia como un servicio público de libre acceso y cuyas normas están basadas en intereses públicos.

En base a ello, se analiza que el sistema de justicia produce dos bienes principales: i) la resolución de casos concretos; y, ii) la emisión de precedentes. La resolución de conflictos interesa únicamente a las partes, es decir, se trata de un bien predominantemente privado. Además, el inicio de procesos responde principalmente a incentivos privados y no públicos. Por ello, el sistema de justicia civil y comercial debe partir de ese aspecto para lograr un diseño adecuado, sin perjuicio de las externalidades positivas de la emisión de precedentes.

En consecuencia, se proponen tres medidas que permitirán reducir la congestión a raíz de tener un proceso eficiente y ajustado a las necesidades de las partes: (i) las partes deben participar directamente en la selección de jueces; (ii) las partes deben ser libres de diseñar el proceso, es decir, flexibilidad procedimental; y, (iii) las partes deben asumir los costos de litigar y acceder al Poder Judicial.

Finalmente, se sostiene que las medidas propuestas no afectan el derecho de acceso a la justicia, pues existen mecanismos de mercado para promover el acceso a la justicia y regímenes de subsidios en caso de necesidad. Tampoco se afectan los derechos fundamentales relacionados con el proceso, en la medida que está permitido actualmente pactar en contrario, es decir, en un arbitraje las partes eligen a sus jueces y diseñan su procedimiento.

## **Abstract**

The problem of court congestion in civil and commercial matters is a long-standing issue with a repeated history of failed attempts at reform. This thesis argues that the root of the problem lies in the fact that the design of the justice system has not considered the private incentives that lead litigants to initiate civil or commercial proceedings and, furthermore, that the justice system is treated as a public service of free access and whose rules are based on public interests.

Based on this, it is analyzed that the justice system produces two main goods: i) the resolution of concrete cases; and ii) the issuance of precedents. The resolution of conflicts is of interest only to the parties, so it is a predominantly private good. Moreover, the initiation of proceedings responds mainly to private rather than public incentives. Therefore, the civil and commercial justice system must start from this aspect in order to achieve an adequate design, without prejudice to the positive externalities of the issuance of precedents.

Consequently, three measures are proposed that will reduce congestion as a result of having an efficient process tailored to the needs of the parties: (i) the parties should participate directly in the selection of judges; (ii) the parties should be free to design the process, i.e., procedural flexibility; and (iii) the parties should bear the costs of litigation and access to the Judiciary.

Finally, it is argued that the proposed measures do not affect the right of access to justice, since there are market mechanisms to promote access to justice and subsidy schemes in case of need. Nor are fundamental rights related to the process affected, insofar as it is currently permitted to agree otherwise, i.e., in an arbitration the parties choose their judges and design their procedure.

*A mi familia y a todos los que hicieron posible este momento.*

*“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierran la tierra y el mar: por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida”*

- Miguel de Cervantes

## GLOSARIO DE TÉRMINOS Y ABREVIATURAS

CCI	:	Cámara de Comercio Internacional
CCL	:	Cámara de Comercio de Lima
Centro PUCP	:	Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
CNY o Convención de Nueva York	:	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)
Código Procesal Civil	:	Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Decreto Legislativo No. 768
Constitución	:	Constitución Política del Perú de 1993
Ley de Arbitraje Peruana	:	Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje
Ley modelo CNUDMI	:	Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional

Reglamento de Arbitraje CCI	:	Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigente desde el 1 de enero del 2021
Reglamento de Arbitraje CCL	:	Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima vigente desde el 1 de enero de 2017
Reglamento de Arbitraje PUCP	:	Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú vigente desde el 15 de junio de 2017.
Poder Judicial	:	Poder Judicial de la República del Perú
TC o Tribunal Constitucional	:	Tribunal Constitucional del Perú

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>A. Historias de esperanza</b> .....	2
<b>B. La situación actual de crisis y el planteamiento del problema</b> .....	3
<b>C. Metodología de investigación</b> .....	5
<b>D. A propósito de la presente tesis</b> .....	6
<b>II. CAPÍTULO I CONGESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CIVIL Y COMERCIAL DEL PODER JUDICIAL</b> .....	9
<b>A. El proceso civil es de libre acceso y está inspirado en el interés</b> .....	10
i. El sistema es de libre acceso .....	10
ii. El diseño del proceso civil está inspirado en el interés público.....	17
<b>B. El Poder Judicial en números</b> .....	25
<b>C. Las reformas: crónica de una muerte anunciada</b> .....	30
<b>III. CAPÍTULO II ¿POR QUÉ LAS CORTES ESTÁN CONGESTIONADAS? LA MIRADA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO</b> .....	36
<b>A. ¿La justicia siempre es determinada por el Estado?</b> .....	37
i. Ilusiones o realidades .....	37
ii. El arbitraje como mecanismo de solución de controversias y una historia de éxito en el Perú .....	40
iii. Otros ejemplos modernos .....	45
<b>B. Clasificación económica del servicio de administración de justicia</b> .....	47
<b>C. ¿Por qué se inician procesos judiciales?</b> .....	55

<b>D. ¿Qué sucede cuando se trata como bien público a un bien privado y no se toma en consideración los incentivos relacionados a su uso? .....</b>	<b>61</b>
i. Congestión del sistema .....	61
ii. El bien no responde a las necesidades del consumidor .....	64
<b>IV. CAPÍTULO III PROPUESTAS DE REFORMA PARA INTRODUCIR INCENTIVOS PRIVADOS EN EL DISEÑO DEL SERVICIO DE JUSTICIA CIVIL Y COMERCIAL.....</b>	<b>68</b>
<b>A. El diseño del sistema de justicia debe responder a incentivos privados para reducir la congestión.....</b>	<b>69</b>
<b>B. Los litigantes deben elegir a sus jueces .....</b>	<b>74</b>
i. ¿A qué incentivos responden los jueces para resolver controversias expeditivamente? .....	74
ii. Antecedentes de la selección privada de jueces.....	77
iii. Implementación de la propuesta .....	86
<b>C. Los litigantes deben poder acordar las reglas de procedimiento aplicables ..</b>	<b>91</b>
i. ¿Las normas procesales atienden a las necesidades de las partes en controversia?.....	92
ii. La flexibilidad procedimental sí existe y funciona.....	94
iii. Flexibilidad, costos e implementación de la propuesta .....	101
<b>D. Los litigantes deben asumir los costos de los procesos .....</b>	<b>105</b>
i. El interés de los contribuyentes al financiar los procesos civiles .....	105
ii. La implementación del sistema de precios para combatir el problema de la congestión. ....	110

iii. ¿Qué sucederá con las controversias que no son económicamente razonables?.....	117
<b>E. Conclusión e integración de las propuestas.....</b>	<b>120</b>
<b>V. CAPÍTULO IV UNA MIRADA DISTINTA DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y LOS DERECHOS “FUNDAMENTALES” SOBRE EL PROCESO.....</b>	<b>123</b>
<b>A. Las propuestas no afectan principios esenciales de nuestro sistema constitucional.....</b>	<b>124</b>
i. El acceso a la justicia.....	124
ii. El pacto en contra como demostración de no afectación de principios básicos . .....	136
<b>B. Adecuación constitucional de la propuesta .....</b>	<b>141</b>
<b>VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>144</b>
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>148</b>
<b>ANEXO 1.....</b>	<b>164</b>

## **I. INTRODUCCIÓN**

## **A. Historias de esperanza**

Los ejemplos de justicia privada o justicia basada en incentivos privados son muchos en la literatura sobre la materia (Posner, Benson); sin embargo, todos reúnen una característica común: generan una sensación de lejanía en el investigador o lector. Bien porque se trata de la historia de una comunidad muy antigua o bajo una realidad social distinta.

Sin perjuicio de ello, también existen en el Perú dos ejemplos de mecanismos de resolución de conflictos, que recogen incentivos privados.

*Primero*, desde la adopción de la ley modelo de arbitraje de la CNUDMI en 1996, el Perú inició un proceso de gran desarrollo y crecimiento del arbitraje, se incorporaron las mejores prácticas del arbitraje internacional, incluyendo la flexibilidad procedimental para que las partes establezcan el procedimiento que consideren conveniente. Las estadísticas no hicieron más que respaldar el crecimiento del arbitraje pues entre 1996 y 2007, la Cámara de Comercio de Lima administró 1338 arbitrajes (Cantuarias, 2008, pág. 36).

Luego, la vigente ley aprobada por el Decreto Legislativo 1071 siguió la línea trazada para adaptar las mejoras introducidas en la ley modelo de la CNUDMI en 2006, lo que nos lleva a una regulación moderna y coherente con los mejores estándares internacionales. Nuevamente, la estadística de las instituciones arbitrales en el Perú no hace más que confirmar el gran desarrollo y acogida que ha tenido esta institución, pues entre los arbitrajes Cámara de Comercio de Lima, Amcham y Cámara de Comercio Internacional con sede en el Perú hubo 1253 casos domésticos (Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, 2020, pág. 114).

*Segundo*, también existe una sección del sistema de justicia que no sigue los cánones tradicionales de la justicia civil y comercial tradicional, sino que se trata de un mecanismo que reconoce una mayor participación y relevancia al actor principal de todo proceso, las partes. Se trata de la justicia de paz, una herencia del sistema de justicia español que permite a comunidades y pequeñas localidades resolver sus controversias, con un juez que en muchos casos es seleccionado entre los propios miembros de la comunidad, es

decir, por grupos pequeños en los que el juez conoce a los litigantes y su concepción de justicia.

De hecho, en sus orígenes tanto en Inglaterra como en Francia, los jueces de paz han sido vistos como una expresión liberal de la participación de las comunidades o la ciudadanía en los asuntos litigiosos, en el que los jueces se elegían entre los habitantes de los pueblos o comunidades (Escobedo, 2016).

Esta historia, aunque imperfecta, dista mucho de la realidad de la justicia civil y comercial convencional frente al Poder Judicial. Precisamente, bajo la regulación vigente, los jueces de paz que tienen igual poder decisorio que un juez convencional; sin embargo, han podido ser elegidos popularmente. Además, el proceso se desarrolla de manera flexible y no se requiere la participación de abogados en las demandas que se promueven ante los jueces de paz. Finalmente, el juez resuelve las controversias según su leal saber y entender. En síntesis, se trata de una historia de esperanza en la que, bajo el sistema actual, se reconoce la importancia de los incentivos privados (al menos, en la designación del juez y la flexibilidad procedimental) en la estructuración del sistema de justicia civil.

Precisamente, en base a estas breves historias de esperanza, esta tesis invita al lector a cuestionarse sobre la inexistencia de incentivos privados en el diseño de justicia civil y comercial, con el objetivo de hacer frente al problema de la congestión de las cortes de primera instancia en materia civil y comercial contractual.

## **B. La situación actual de crisis y el planteamiento del problema**

A lo largo de las últimas décadas, el sistema de justicia del Perú se encuentra en constante crisis. Particularmente, la justicia civil y comercial no es ajena a esa situación, pues los procesos tardan excesivamente en ser resueltos y sin predictibilidad en el resultado de las decisiones y generando grandes costos (Gaceta Jurídica, 2015). El principal problema derivado de la ausencia de un Poder Judicial célere es que frena y encarece las relaciones civiles y comerciales, pues los incentivos no están correctamente alineados. Por ejemplo, en aquellos contratos en los que no existe una cláusula arbitral, una parte incumplidora sabe que, si es demandada en el Poder Judicial, pasarán (tal vez, con suerte) más de 5 años (Gaceta Jurídica, 2015) antes que deba cumplir con su obligación o pagar una indemnización. Ello, sin asumir los costos del proceso, porque los costos de los procesos

civiles y comerciales son ínfimos al estar ampliamente subvencionados por el Estado. Es decir, se trata del negocio perfecto para una parte incumplidora.

Las incipientes estadísticas emitidas por el Poder Judicial confirman la precariedad del servicio, pues en materia civil existe una tasa de congestión de más de dos puntos. Ello significa que existen más del doble de expedientes de los que los jueces están en capacidad de resolver (Poder Judicial, 2018, pág. 14; Poder Judicial, 2019, pág. 14). Sin contar el impacto en la resolución de los casos y los años que tarda tener una decisión con calidad de cosa juzgada.

Aún peor, existe una carga procesal acumulada en materia civil de aproximadamente 500,000 expedientes pendientes de resolver (Poder Judicial, 2018, pág. 14; Poder Judicial, 2019, pág. 14). Este número, por lo general, tiende a aumentar o a mantenerse de forma constante.

Traducido dicho escenario a miles de situaciones jurídicas de naturaleza civil y comercial es claro que la demora en la resolución de conflictos frena la circulación de bienes y, con ello, la economía en su conjunto (World Bank, 2003). Un mal sistema de justicia afecta a la sociedad y su correcto funcionamiento, pues los contratos no se cumplen, las responsabilidades civiles no se asumen o, si se hace, es de una manera tardía. En fin, la calidad del sistema de justicia impacta a la sociedad en su conjunto.

Los intentos para abordar el problema de la congestión del sistema de justicia han sido diversos (Gaceta Jurídica, 2015); sin embargo, las propuestas para corregirlo como el aumento de salas, de jueces o de presupuesto son momentáneas, sin solución permanente y no han tenido gran impacto:

El cuarto de siglo que lleva la experiencia de la reforma de justicia en la región brinda una masa de información – susceptible de ser convertida en conocimiento acerca de nuestro objeto. Por ejemplo, **el hecho de que ciertos rasgos del sistema – como la carga acumulada y los retrasos – pervivan, pese al incremento del número de tribunales y jueces, a la construcción de edificios y la introducción de las computadoras y los sistemas de administración de casos, ha llevado a poner en tela de juicio el tipo de inversiones requeridas para producir resultados.** Como resultado, y pese

a que la demanda de forma aún existe, el simple incremento presupuestal cuenta con un respaldo menguante y se ha puesto en duda varios otros de aquellos remedios prescritos por el <<sentido común>> a partir del cual se emprendió dichas reformas. (Pásara, 2014, pág. 270) (Énfasis agregado)

En síntesis, los intentos de solución o reforma únicamente son meros parches en una llanta que no tiene más vida para seguir girando. En ese contexto, la pregunta de investigación que esta tesis se planteó abordar es si la congestión de las cortes civiles y comerciales en primera instancia<sup>1</sup>, con exclusión de asuntos de familia, sucesorios y de responsabilidad civil, disminuirá si el diseño del sistema de justicia civil y comercial responde a incentivos privados, específicamente, la asunción de costos por las partes, la libertad procedimental y la selección de jueces. Así, la hipótesis planteada fue que efectivamente la congestión de las cortes civiles y comerciales disminuirá si el sistema responde a incentivos privados en su diseño.

### **C. Metodología de investigación**

La metodología de investigación que se utilizó parte de la descripción del problema, para luego analizarlo desde una perspectiva prescriptiva, es decir, el deber ser de la institución jurídica.

Adicionalmente, este proyecto de investigación ha tomado como base de estudio la concepción del Análisis Económico del Derecho. Justamente, acudir a otra disciplina social como la economía nos permitirá analizar desde la lógica de la eficiencia la institución jurídica del sistema de justicia civil y comercial contractual, para determinar si los incentivos en su estructuración están correctamente alineados. Como señala el profesor Calabresi (2006, pág. 32), “el derecho no puede ser apreciado de forma autónoma o independiente”, sino con otras disciplinas pues “únicamente de esta forma el Derecho podría evadir las tiranías de los conservadurismos místicos de ardores revolucionarios y de una mayoría simplista”.

En esa misma línea, el análisis económico del derecho nos permite entender la actuación de las personas ante una determinada regulación jurídica, esto es, entender cómo funciona

---

<sup>1</sup> Si bien existen problemas de congestión en las Cortes Superiores, así como en la Corte Suprema, el enfoque de esta tesis se ha centrado en la primera instancia, pues todos los procesos se inician ahí y es la instancia en la que se desarrolla la actividad probatoria.

en la práctica una norma (Bullard, Derecho y Economía. Análisis Económico de las Instituciones legales, 2010, pág. 41). Aún más, lo que busca el análisis económico del derecho es “un derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un derecho eficiente, es decir un derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines” (Bullard, Análisis económico del derecho, 2018).

Aunque la perspectiva económica es una de las muchas que se puede tomar en consideración para analizar instituciones jurídicas, considero que la perspectiva de la racionalidad y la eficiencia es un punto necesario de análisis de cualquier concepto jurídico y, en especial, el problema de la congestión de las cortes.

#### **D. A propósito de la presente tesis**

Esta investigación representa una invitación al lector a dejar de lado los dogmas clásicos para que, desde una perspectiva distinta, se analice el problema de la congestión de las cortes. Asimismo, realizar propuestas de mejora que permitan alinear correctamente los intereses de los litigantes y el sistema.

De esa forma, el Capítulo I de esta tesis está orientado a describir el diseño del sistema de justicia civil y comercial basado en el libre acceso y en un procedimiento que responde principalmente al interés público creado y dirigido por el Estado. Así, en segundo lugar, se analiza la estadística del Poder Judicial peruano sobre casos civiles, para conocer la real dimensión de congestión, así como la tasa de demora (en años) en la resolución de conflictos. Lo anterior con el propósito de determinar si el sistema de justicia civil y comercial se encuentra en una situación de sobreuso.

Finalmente, analizaremos en qué han consistido los principales intentos de reformas como las propuestas por la Comisión de CERIAJUS (2004), la reforma de la Junta Nacional de Justicia, la creación de nuevas salas transitorias, el aumento de jueces, entre otros y su impacto en la congestión del Poder Judicial. Con ello, se demuestra que los intentos de reforma son meros paliativos que no han logrado solucionar el problema de la demora en la administración de justicia civil y comercial.

Con la base del Capítulo I, en el Capítulo II abordaremos las razones por las que existe una tragedia de los comunes en la justicia civil y comercial. Para ello, se parte por realizar

un análisis de casos concretos de la administración de justicia en diversos escenarios, que demuestran la existencia de ámbitos de la justicia civil y comercial en los que esta se trata como un bien que responde a incentivos privados e interesa únicamente a las partes.

En base a ello, profundizaremos en la clasificación económica de la justicia como un servicio predominantemente privado, tomando en consideración el principal tipo de bien que produce, la resolución de un conflicto concreto, pero sin dejar de lado la emisión de precedentes con alcance general.

En segundo lugar, demostraremos que la decisión de las partes de iniciar un proceso se trata de una decisión racional que puede ser representada numéricamente si se toman en cuenta todas las variables, como la probabilidad de éxito, los costos del proceso, el retorno esperado, el valor del dinero en el tiempo, entre otros. Así, discutiremos las ecuaciones planteadas por los profesores Priest (1989), Posner, Landes (1979) y Shavell (2003), lo que nos permitirá llegar a conclusiones sobre los incentivos a los que responden las partes y entender las razones por las que fracasan las reformas que buscan hacer frente a la congestión de las cortes.

Finalmente, en base al análisis económico se determina que la situación de sobreuso se produce porque la justicia se trata como un bien público de libre acceso dirigido centralizadamente por el Estado y que quita poder al consumidor (parte litigante). Ello, cuando en realidad y en atención a su naturaleza económica, corresponde que sea tratado como un bien predominantemente privado.

Con todo lo anterior, en el Capítulo III demostraremos que el diseño del sistema de resolución de conflictos civiles y comerciales debe responder a incentivos privados para disminuir la congestión. Sin embargo, ello no significa la eliminación absoluta del Poder Judicial, porque como bien señalan Posner y Landes “what is clear is that, outside of the association setting (an important qualification), a private market is more likely to emerge in dispute resolution than in rule creation” (1979, pág. 240); producto de los beneficios derivados de los precedentes.

A raíz de ello, se plantean tres propuestas concretas de reforma a la estructuración del sistema de justicia civil y comercial en el Perú, en la que los incentivos responderán a la naturaleza privada del servicio de resolución de conflictos. En primer lugar, las partes

deben tener la facultad de determinar las reglas procedimentales para su caso concreto, es decir, debe existir libertad procedimental. En segundo lugar, las partes deben ser libres de elegir a los jueces que resolverán sus controversias. En tercer lugar, se debe establecer un sistema de precios para el acceso al sistema de justicia.

Finalmente, en el último Capítulo, demostraremos que considerar al sistema de justicia civil y comercial como un bien que debe responder a incentivos de bien privado no afecta el derecho de acceso libre a la justicia ni los derechos procesales de naturaleza constitucional. Si bien el texto constitucional peruano y los tratados de derechos humanos consideran que el acceso a la justicia es un derecho fundamental, introducir incentivos de mercado no afectará el acceso al sistema, más aún cuando el sistema de colas o líneas de espera actual funciona como un sistema de racionamiento de la justicia. Además, no resulta posible considerar que el sistema actual de demora perpetua es un verdadero sistema de resolución de conflictos que reporte beneficios a los interesados, sino que es un sistema de incentivos perversos. En todo caso, se propone una reforma constitucional, que permita hacer viables las propuestas de modificación en el sistema de justicia civil y comercial en los términos del Capítulo III.

**II. CAPÍTULO I**  
**CONGESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CIVIL Y**  
**COMERCIAL DEL PODER JUDICIAL**

En esta sección abordaremos una visión general sobre la situación de congestión de las cortes en los casos civiles y comerciales. En primer lugar, describiremos el diseño de justicia civil y comercial en base a la regulación vigente que está basada en el libre acceso y el interés público determinado de forma centralizada por el Estado. Luego, haremos una revisión de las estadísticas disponibles del Poder Judicial peruano, que lamentablemente no son extensas, pero nos permiten comprender la situación de sobreuso del sistema de justicia civil y comercial. Finalmente, haremos un repaso por las principales reformas que se han intentado en las últimas décadas sobre el sistema de justicia y el impacto que han tenido en la congestión.

#### **A. El proceso civil es de libre acceso y está inspirado en el interés público**

En esta sección realizaremos una breve descripción del sistema de justicia civil en el Perú. Por un lado, se trata de un sistema de libre acceso y de ínfimo costo (casi cero), que es ampliamente subvencionado por el Estado. Por el otro, el diseño procedimental está basado e inspirado en el interés público determinado por el Estado.

##### **i. El sistema es de libre acceso**

En el Perú, la justicia es concebida como una prestación pública básica que debe ser garantizada por el Estado. En ese contexto, el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución garantiza el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Así, de acuerdo con el profesor Bustamante, es un derecho fundamental complejo que a la justicia y al mismo tiempo su desarrollo “lo cual implica que su acceso, inicio, desarrollo y conclusión, así como cualquiera de que en ellos se emitan, sean justos” (Bustamante Alarcón, Derechos fundamentales y proceso justo, 2015, pág. 252).

De esa forma, el acceso a la jurisdicción se plantea como un derecho fundamental que forma parte del derecho de tutela jurisdiccional efectiva. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en afirmar que:

La tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un

sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia (Inversiones la Carreta S.A., 2005).

En el aspecto que nos resulta relevante, “todo sujeto de derecho debe tener la posibilidad de acceder a un proceso o procedimiento con la finalidad de que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión y le brinde una tutela efectiva y diferenciada” (Bustamante Alarcón, Derechos fundamentales y proceso justo, 2015, pág. 208). No se trata por lo tanto de un derecho a que las cortes le otorguen la razón al sujeto de derecho, sino de la posibilidad de ser debidamente oído ante el órgano competente que deberá pronunciarse sobre la materia sometida a su conocimiento. De ahí que se garantice el acceso a la justicia y no esté permitido imponer barreras para acceder a la jurisdicción:

[C]ualquier impedimento o mecanismo que dificulte su acceso, se convierte en un obstáculo contrario al derecho constitucional de toda persona de acceder sin condicionamientos a la tutela jurisdiccional (Bustamante Alarcón, Derechos fundamentales y proceso justo, 2015, pág. 208).

Sobre este mismo aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado expresamente que el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>2</sup> se trata de una disposición que garantiza el derecho de acceso a la justicia:

Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los

---

<sup>2</sup> Artículo 8.1: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención. (Caso Cantos vs. Argentina, 2002)

En ese contexto, una de las características del sistema es que el acceso a la justicia es gratuito. Precisamente, el inciso 16 del artículo 139 del propio texto Constitucional se establece la gratuidad de la administración de justicia como un principio que irradia todo nuestro ordenamiento, aunque sujeta su aplicación a lo establecido por Ley:

El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala (Constitución Política del Perú, art. 2, 1993).

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Expediente 1607-2002-AA/TC ha interpretado que el mandato constitucional se debe entender de dos maneras diferentes:

- “El principio de la gratuidad de la administración de justicia... para las personas de escasos recursos” (Caso Juan Muñoz Espinoza, 2004).
- “La gratuidad de la administración de justicia... para todos, en los casos que la ley señala” (Caso Juan Muñoz Espinoza, 2004).

En ese contexto, el mandato constitucional permite un trato diferenciado que se encuentra justificado en la situación económica:

6. La primera disposición comporta una concretización del principio de igualdad en el ámbito de la administración de justicia. Según éste, no se garantiza a todos los justiciables la gratuidad en la administración de justicia, sino sólo a aquellos que tengan escasos recursos [económicos].

Como en diversas oportunidades ha advertido este Tribunal, **el principio de igualdad, que subyace en los términos de la gratuidad en la administración de justicia aquí analizada**, no obliga a tratar igual a todos siempre y en todos los casos, sino a tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Dicho principio contiene, – también se ha sostenido –, **un mandato constitucional que exige la remoción de los obstáculos que**

**impidan el ejercicio pleno de los derechos fundamentales** (Caso Juan Muñoz Espinoza, 2004).

En el caso materia de análisis por el Tribunal, una persona presentó un recurso de amparo contra una resolución judicial que había declarado improcedente una apelación en la medida que no había presentado la tasa correspondiente, ni solicitado auxilio judicial. Ante ello, el Tribunal no acogió la tesis del demandante, en la medida que no existía ninguna violación a los derechos de gratuidad de la justicia e igualdad procesal (Caso Juan Muñoz Espinoza, 2004). Por lo tanto, resulta claro que el texto constitucional no ha planteado una gratuidad absoluta y general para el acceso a la jurisdicción, pues se deben pagar las tasas judiciales. Sin embargo, como veremos a continuación, ello no implica que los usuarios asuman el costo del sistema de administración de justicia.

En esa misma línea, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Civil (Decreto Legislativo No. 768, 1992) ratifica este principio en tanto establece que “el acceso al servicio de justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas y multas establecida en este Código y disposiciones administrativas del Poder Judicial”. El paradigma vigente es que el acceso a la justicia es garantizado por parte del Estado y, por regla general, debe ser un servicio gratuito, sin perjuicio de que los litigantes deban asumir el pago de los costos y costas.

Resulta necesario precisar que, de acuerdo con el artículo 410 del Código Procesal Civil (Decreto Legislativo No. 768, 1992), las costas son las tasas judiciales, así como los honorarios de los órganos de auxilio y otros gastos judiciales. Por su parte, según el artículo 411 del mismo cuerpo normativo (Decreto Legislativo No. 768, 1992), los costos incluyen honorarios profesionales del abogado de la parte vencedora, más un porcentaje para los colegios de abogados y los honorarios de los abogados del auxilio judicial. Sin embargo, más allá de esta distinción legal, para efectos de esta tesis nos concentraremos en los costos (en sentido lato) en los que se incurren para utilizar y/o activar el funcionamiento del sistema de justicia.

Para cierto sector doctrinario (Ariano, 2006), la gratuidad de la justicia es vista como un principio esencial que busca dotar de mayor igualdad a aquellos de escasos recursos, para que tengan la capacidad de acudir a los órganos jurisdiccionales. Aunque se trata de una norma programática que según la ley puede extenderse en su ámbito de aplicación.

Sin embargo, para otro sector se trata de un principio ilusorio pues, a pesar de que no se requieren realizar pagos para presentar una demanda, sí se debe pagar tasas judiciales para presentar una apelación o aportar pruebas, lo que implica que una defensa eficaz requiere incurrir gastos necesarios (Galván Pareja & Álvarez, 2000, págs. 107-108).

Inclusive, se debe tener en cuenta que, también, en materia penal (la que tal vez se podría argumentar como la más pública de las justicias), existe el pago de costas a pesar de la consagrada gratuidad de acceso a la justicia de dicho sistema. A criterio de Neyra Flores, esta regulación no sería contradictoria porque:

**[E]l proceso sigue siendo gratuito; sin embargo, parte de los gastos debe ser sufragado por el litigante perdedor** (en lo que a justicia penal respecta).

Ello por cuanto, si bien por regla general el acceso a la jurisdicción debe ser gratuito, no obstante el ejercicio de todo derecho implica responsabilidad, por tanto quien provoca la actividad jurisdiccional y esta resulta disímil de su pretensión, deberá responder por el ejercicio de este derecho.

Por ello, toda persona tiene el derecho de acceder a la justicia gratuitamente, pero también tiene el deber de responder por sus actos como sujeto procesal, esto se da cuando se utiliza el acceso a la justicia con fines distintos de la protección de bienes jurídicos (Neyra Flores, 2010, págs. 125-126).

Lo cierto es que, en cualquier caso, se considera como una disposición válida que los litigantes deban asumir tasas judiciales (Álvarez-Ossorio, 2014, pág. 231). Sin embargo, resulta indispensable tener en consideración que el pago de los aranceles judiciales representa una ínfima porción de los costos de administrar justicia. Precisamente, Pasquel y Bayly analizaron la información económica del Poder Judicial y determinaron que:

Al 31 de marzo del 2003, el 84% del presupuesto del Poder Judicial provenía del presupuesto nacional, mientras que sólo el 15.1% de su financiamiento es asumido por los usuarios. En 1999, solamente en el Distrito Judicial de Lima, 12,709 personas ingresaron al servicio de justicia sin pagar tasas judiciales y haciendo uso de defensores de oficio (defensa subvencionada por el Estado) e imponiendo una serie de costos que pagan todos los demás usuarios del servicio. Lo más sorprendente es que, estadísticamente, en el 95% de los

casos en los que se brindó auxilio judicial, la información sobre la situación económica del individuo no se verifica, en gran medida debido a que no existe una oficina especializada para ello (Bayly & Pasquel, ¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia rompiendo el mito de la justicia estatal, 2003, pág. 332).

En la actualidad, la realidad no es muy diferente, pues el proceso civil mantiene las mismas características estructurales. Precisamente, de acuerdo con el Boletín del Poder Judicial del año 2018 (Poder Judicial, 2018, pág. 14), el Presupuesto Institucional Modificado alcanzó la cifra de S/ 2,466,806,130; sin embargo, los recursos directamente recaudados durante todo el 2018 ascienden a S/ 229,715,556, es decir, menos del 10% del total del presupuesto. Inclusive, parte de ese monto recaudado no proviene de actos de litigantes, sino de la emisión de los Certificados de Antecedentes Penales. Por lo anterior, resulta evidente que la mayor fuente de financiamiento del Poder Judicial proviene del presupuesto nacional, que subsidia la administración de justicia. Si bien es cierto que no existe un desagregado por materia (civil, penal, familia, entre otros), la información existente permite afirmar, sin lugar a duda que, los costos para utilizar el servicio de administración de justicia no son asumidos por los litigantes, sino que están subvencionados por el Estado.

La data del año 2020 confirma el análisis realizado previamente, puesto que en dicho año el Presupuesto Institucional Modificado del Poder Judicial alcanzó S/ 3,054,363,51. No obstante, los recursos directamente recaudados únicamente ascendieron a S/ 130,927,777, incluyendo la tramitación de certificados de antecedentes penales (Poder Judicial, 2021).

Por ejemplo, en ese contexto es preciso resaltar que la máxima tasa judicial por presentación de pruebas en una demanda civil es de S/ 621 (aproximadamente US\$ 150) por una demanda con una cuantía de más de S/ 1,380,000 (Poder Judicial, 2022). Sin embargo, este monto resulta irrisorio frente a un sistema como el inglés (HM Courts & Tribunals Service, 2022) en el que los litigantes sí asumen gran parte de los costos de litigar<sup>3</sup>:

---

<sup>3</sup> Más allá de los costos de vida de cada uno de los países, resulta evidente que la comparación no es posible

**Figura 1**

Value of your claim				Fee payable
Up to	£300			£35
Greater than	£300	but no more than	£500	£50
Greater than	£500	but no more than	£1,000	£70
Greater than	£1,000	but no more than	£1,500	£80
Greater than	£1,500	but no more than	£3,000	£115
Greater than	£3,000	but no more than	£5,000	£205
Greater than	£5,000	but no more than	£10,000	£455
Greater than	£10,000	but no more than	£200,000	5% of the value of the claim
Greater than	£200,000			£10,000

En esa misma línea, desde una perspectiva comparativa, el costo de acceder a la justicia en el Poder Judicial también resulta irrisorio frente a tener un arbitraje en el que se discuta exactamente la misma materia con las mismas pretensiones.

Frente a una controversia con una cuantía de más de S/ 1,320,000, el costo por aportar pruebas en el Poder Judicial son S/ 612 (Poder Judicial, 2022). Por su parte, bajo la misma cuantía, iniciar un arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la CCL (Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2022) costaría en gastos administrativos por S/ 20,193 a los que se debe añadir los honorarios del Tribunal Arbitral que ascenderían a más de S/ 50,000 en caso de ser tres árbitros. En esa misma línea, en el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2021), en una controversia entre S/ 870,000 y S/ 1,450,000, los gastos administrativos ascenderían a S/ 10,232; mientras que, los honorarios arbitrales serían de S/ 38,292.

Todo lo anterior, calculado en base a la misma controversia civil o comercial, entre las mismas partes, por la misma materia. Ya sea que se trate de una empresa minera y una empresa constructora o de dos personas naturales.

En Australia se ha producido un caso que grafica de manera muy clara la situación a la que nos referimos. El esquema de costos no grafica de manera clara los costos de litigar, situación que es claramente explicada por el Juez Martin:

The Bell case ran through our court, it was the second-longest-running trial in the history of the state, it consumed enormous resources of the court — on

a conservative estimate, it cost us \$15 million to run that case, we recovered probably around between \$700,000 and \$800,000 in fees. So the taxpayer of Western Australia subsidised the parties to that case, who were on one side an insurer, and on the other side a whole lot of banks, to the tune of \$14 million, and that's \$14 million that the legal system of this state could have invested much better than in that case (Comisión de Productividad del Gobierno de Australia, 2014, pág. 18).

Ahora bien, en el caso de Chile, se realizó un análisis de quiénes eran las personas que utilizaban el sistema de justicia civil y comercial y se determinó que “un 36% de los demandantes eran Bancos e Instituciones Financieras, un 10% eran grandes tiendas comerciales y un 36% lo constituían otras sociedades. Solo un 17% de los demandantes eran personas naturales” (Correa , Peña, & Vargas, 1999, pág. 34). Es decir que, independientemente de qué tipo de parte se trate, el costo por el servicio de justicia es ínfimo frente a los verdaderos costos que representa su uso y a las otras alternativas privadas de resolución de conflictos.

En este contexto, suscribo la intervención del constituyente Chirinos Soto con respecto a la discusión sobre la gratuidad de la justicia:

En primer lugar, la declaración de que la justicia es gratuita, al igual que en tantas otras, es falsa de toda falsedad. Si fuéramos sinceros, tendríamos que decir: "La administración de justicia es gratuita y la paga el pueblo [...]", porque es el pueblo el que realmente la sufraga (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

En consecuencia, resulta claro que el sistema procesal civil y comercial del Perú está concebido y diseñado como uno de libre acceso, en el que los costos de litigar no son directamente asumidos por las partes, sino que se encuentran – en gran medida – financiados y subvencionados por el presupuesto del Estado, es decir, por los contribuyentes.

ii. El diseño del proceso civil está inspirado en el interés público

La doctrina procesal es prácticamente uniforme al señalar que el proceso es un instrumento de derecho público al servicio del interés público. Esta característica no

solamente alcanza a los procesos penales o administrativos, sino también al proceso civil. Ello, a pesar de que no cabe ninguna duda de que la materia que se discute en el proceso civil es privada.

Gozaíni es muy claro en señalar que, si bien el proceso civil proviene de conflictos de naturaleza absolutamente privada, no resulta posible abstraer de ello, que el proceso sea una herramienta de carácter privado. De manera expresa, Gozaíni sostiene lo siguiente:

La materia no es buen punto de partida para adscribir a una u otra corriente. En realidad, el derecho procesal pertenece al derecho público porque el método disciplinado responde a la posición que tiene el órgano frente a los particulares para representar la voluntad estatal. **No podrían las partes dirigir el proceso de acuerdo a sus propios intereses, porque existe un conjunto de principios de inspiración superior a la convencional que no tolera la autorregulación** (Gozaíni, pág. 27).

El profesor Juan Monroy también se adhiere a esa línea de pensamiento luego de comparar los denominados sistemas publicísticos y privatísticos del proceso civil. Monroy sostiene que si bien desde la concepción privatística del proceso, el Estado está a disposición de los particulares<sup>4</sup>, se ha constatado que lo más importante resulta ser que el derecho objetivo se torne eficaz y respetado, puesto que únicamente:

A través de la exigencia judicial del cumplimiento del derecho objetivo, se logrará la paz social en justicia

**Como se advierte, tanto la eficacia del derecho objetivo como el fin de la paz social en justicia son extraparticulares, y de alguna manera extraprocesales**, por así decirlo. Es así como empieza a afirmarse la concepción del proceso como un fenómeno público (Monroy, Introducción al Proceso Civil, 1996, págs. 71-72).

---

<sup>4</sup> Ariano señala que “[el proceso] es un instrumento al servicio de concretos intereses privados, de aquellos intereses que el ordenamiento jurídico tutela en abstracto” (Problemas del Proceso Civil, 2003, pág. 6).

Monroy va un paso más allá al afirmar que:

queda al margen de toda duda que la relación jurídica destinada a la solución del conflicto privado antes citado es de naturaleza pública, **porque cuenta con la intervención de un representante del Estado** (Juez), quien realiza su actuación y exige que los otros partícipes adecuen su actuación a reglas de conducta contenidas en normas jurídicas (normas procesales) de cumplimiento regularmente inexcusable. Entonces, la participación determinante del Estado en dicha actividad y la exigencia de cumplir con su propuesta normativa hacen del proceso y de las normas que lo regulan, un tema de derecho público (Monroy, Introducción al Proceso Civil, 1996).

De igual manera, la concepción de que la justicia es un bien público que debe ser prestado y determinado por el Estado ha sido claramente plasmada por Chiovenda, pues señala que:

para la consecución o para el mejor goce de un bien garantizado por la ley necesitase la actuación de ésta mediante los órganos del Estado, esto da lugar a un proceso civil (...). El Estado moderno, pues, considera como función esencial y propia del juez la administración de justicia (...). En el proceso desarrollan una función pública y esta es la actuación de la ley, o sea, del derecho en sentido objetivo (Chiovenda, 1922, págs. 83-85).

En base a lo anterior, resultaría posible afirmar que el proceso civil en sí mismo no es un asunto de derecho público, sino que la participación del Estado lo convierte en tal por principios de inspiración superior. La razón detrás de ello para Devís Echandía, es que solamente caben dos alternativas: “o permitir que cada uno persiga su defensa y busque aplicar lo que entienda ser su justicia, personal y directamente; o atribuir al Estado la facultad de dirimir tales controversias” (Devís Echandía, 2004, pág. 39).

Para De Vinatea tal tensión entre la materia y los intereses no existe. Por ello, sostiene que si bien concurren dos intereses (el público y el privado), el público no está solo determinado por la participación estatal, sino que a su criterio la finalidad del proceso concreta (resolver un caso determinado) y abstracta (lograr la convivencia humana en

sociedad) son de interés público (De Vinatea, Naturaleza del proceso civil, 2006, pág. 61).

Inclusive, el profesor Bustamante es enfático en señalar que el proceso no es una agrupación de conceptos jurídicos, sino que el proceso parte de la dignidad humana para encontrarse al servicio de los seres humanos con la finalidad de alcanzar la paz social en justicia. Por ello, el proceso debe comprometerse con la dignidad y los valores y derechos que se deriven de ella (Bustamante Alarcón, Derechos fundamentales y proceso justo, 2015, págs. 69-70).

En ese contexto, el Código Procesal Civil peruano en el artículo III de su Título Preliminar señala que la finalidad abstracta del proceso es lograr la paz social en justicia, mientras que su finalidad concreta es resolver el conflicto de intereses entre las partes (privadas), bajo una línea de pensamiento del proceso como instituto de derecho público (Ariano Deho, 2003, pág. 4):

El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

Desde la regulación se advierte la tensión antes señalada, pues por un lado se reconoce que la finalidad del proceso es resolver un conflicto determinado (privado naturalmente por la materia<sup>5</sup>) y al mismo tiempo mantener la paz social en justicia al hacer efectivos los derechos sustanciales (una concepción pública del proceso).

Sin embargo, más allá de las concepciones más privatistas o publicistas del proceso, la presencia y determinación de las reglas de manera centralizada por parte del Estado, lo

---

<sup>5</sup> Ezcurra Rivero, H. (2002). Privaticemos la insolvencia. IUS ET VERITAS, 12(24), p. 198. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16180>. (“Nadie discutirá que un pacto donde se determina prestar dinero y cómo cobrarlo es un tema privado. Deudor y acreedor celebran un contrato de préstamo de acuerdo a los términos que para ellos son los más convenientes; y en dicho contrato prevén la forma y plazos de pago, así como las sanciones en caso de incumplimiento. Tales reglas son reglas que resultan de la autonomía privada de las partes. El Estado no interviene en la determinación de las reglas de juego. El Estado sólo interviene para dar las reglas que se aplicarán supletoriamente en caso de falta de acuerdo o cuando, ante un incumplimiento, alguna de las partes presenta una acción que debe ser resuelta por el Poder Judicial. Tan privado es el pacto de prestar dinero y de cómo cobrarlo, que las partes podrían válidamente, inclusive, sustraerse a la jurisdicción del Poder Judicial y pactar que cualquier controversia con respecto a la interpretación o ejecución del contrato será resuelta por un árbitro o Tribunal Arbitral”).

convierte en un instrumento público. En base a todo ello, se propone que el interés público es lo que debe orientar cada proceso de inicio a fin. El objetivo de ello es que cada acto procesal debe tener en cuenta el interés de todos los miembros de la sociedad y sus consecuencias (De Vinatea, Naturaleza del proceso civil, 2006, pág. 61). De esa forma, las normas procesales son públicas y de vocación imperativa, en el que las partes permiten al Estado reafirmar la eficacia del derecho objetivo (Monroy, Introducción al Proceso Civil, 1996, págs. 71-72).

Así, parte importante de la regulación procesal se traduce en los principios procesales en los que descansa el diseño del funcionamiento del proceso civil, que también se inspira en el interés público. Para Lorenzo Zolezzi uno de los principios más relevantes del Código Procesal Civil es el *iura novit curia*, así como la facultad del juez de ordenar las actuaciones procesales, pues a través de esos principios se busca privilegiar la finalidad del acto jurídico procesal (Zolezzi, 1999, pág. 711). Aunque la doctrina ha ido un paso más allá, al sostener que los principios procesales no solo son los que están expresamente enunciados en un cuerpo normativo, sino que su interpretación debe trascender al sentido literal:

Por esta razón, los Principios Procesales acogidos en el Título Preliminar son expresiones de tal tendencia. Sin embargo, debe advertirse que su aplicación exige una interpretación reflexiva que trascienda su sentido literal o histórico cada vez que sean utilizados, privilegiándose los valores vigentes en la sociedad al momento de su aplicación (Monroy, Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992, 1993, pág. 36).

Es decir, los principios que inspiran el proceso civil deben atender a su naturaleza de bien público basado en el interés de la sociedad, por lo que, están determinados de manera centralizada por el Estado.

De manera más concreta, el TC en la Sentencia recaída en el Expediente 141-95-HC/TC ha sido bastante enfático en señalar que “las normas procesales son de orden público y, por ende, de imperativo y obligatorio cumplimiento por los sujetos que en ellas se encuentren comprendidos” (Caso Jorge Tomás Vásquez Torres, 1996). A pesar de que su referencia es general, más allá de la naturaleza del proceso del caso concreto materia de análisis, no cabe duda de la posición del TC sobre la naturaleza de las normas procesales.

En la misma línea, el profesor Monroy explica que si bien existen normas procesales que no son orden público, porque disponen opciones para que las partes decidan conforme a sus intereses, no dejan de ser normas de derecho público. Sin perjuicio de ello, enfatiza que un ejemplo típico de una norma de obligatorio cumplimiento e imperativa son las que regulan el procedimiento que se deben seguir para la resolución de controversias hasta la decisión del juez, de ahí que las partes no puedan disponer una tramitación distinta a la establecida en el Código Procesal (Monroy, Introducción al Proceso Civil, 1996, pág. 82).

Así, el diseño del proceso está basado en fórmulas procedimentales predeterminadas para todos los casos desde el Estado. Esto significa que, a criterio del legislador, todas las necesidades procesales de los litigantes son las mismas, siempre que se caiga bajo la regulación de un determinado tipo de proceso. El proceso no es de las partes, no les pertenece, sino que el supremo Estado es quien determina lo correcto para los litigantes.

Una de esas fórmulas que ha asumido el legislador del Código Procesal Civil, por ejemplo, es la oralidad. Al respecto, el profesor Priori explica que:

Una de las grandes novedades que traía el Código Procesal Civil y que se exponía como una de las que generaría esa reforma fue la del proceso por audiencias.

El proceso por audiencias suponía una estructura procedimental en la que luego de presentados por escrito los actos postulatorios se daban momentos estelares denominados audiencias en las que las partes se reunirían frente al juez a desarrollar una serie de actos procesales trascendentes para el proceso. Las audiencias permitirían el contacto directo entre el juez, las partes, sus abogados y demás sujetos intervinientes en el proceso (inmediación) y la posibilidad de realización de una serie de actos procesales en un solo momento (concentración). (Priori, Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una auténtica oralidad en el proceso civil peruano, 2010, pág. 131).

No resulta relevante para el legislador si las partes tienen preferencia por un proceso predominantemente escrito, lo único importante a efectos del diseño del proceso es

aquello que el legislador como manifestación estatal considera más adecuado para que las partes resuelvan sus controversias, porque es la forma en la que el Estado reafirma el derecho objetivo (aun cuando este es privado).

Esta concepción ha llevado a que también se regule una estructura específica de las audiencias contempladas en el Código Procesal Civil:

(i) Para el proceso de conocimiento, se había establecido que luego de presentada la demanda, de ser calificada positivamente, y de que el demandado pudiera haber formulado sus defensas frente a ella, había tres audiencias: i) la audiencia de saneamiento, ii) la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio y iii) la audiencia de pruebas.

(ii) Para el proceso abreviado, se había establecido que luego de presentada la demanda, de ser calificada positivamente, y de que el demandado pudiera haber formulado sus defensas frente a ella, había dos audiencias: i) la audiencia de saneamiento, conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio y ii) la audiencia de pruebas.

(iii) Para el proceso sumarísimo, se había establecido que luego de presentada la demanda, de ser calificada positivamente, y de que el demandado pudiera haber formulado sus defensas frente a ella, había una sola audiencia, denominada audiencia única, en la que se desarrollarían todas las actuaciones procesales previstas para los demás tipos de proceso en ese solo acto.

(iv) Para el proceso ejecutivo se había previsto también la existencia de una audiencia única en los casos en los que hubiera habido contradicción al mandato ejecutivo (Priori, Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una auténtica oralidad en el proceso civil peruano, 2010, pág. 132).

Es decir, existe un detalle y regulación específica para cada tipo de proceso. El legislador procesal ha sido capaz de ponerse en todos los supuestos posibles en el diseño del sistema, a fin de idear cada una de las etapas que debe tener tanto un proceso sumarísimo como uno de ejecución y, en general, todo proceso civil.

No solo las normas procesales están inspiradas y se diseñan como un instrumento de derecho público, sino que la selección de jueces parte de la misma naturaleza. Al respecto, Priori afirma que

las reglas que rigen la competencia actúan la garantía constitucional del Juez natural, entendida ésta como el derecho que tienen las partes a que el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica sean resueltos por un tercero imparcial e independiente predeterminado por ley; derecho que, además, integra el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Esa predeterminación legal que forma parte del contenido de la garantía al Juez natural, se expresa y actúa a través de la competencia (Priori, La competencia en el Proceso Civil Peruano, 2004, pág. 39).

Así, de acuerdo con el artículo 150 de la Constitución (1993), la Junta Nacional de Justicia (que no es más que el nuevo nombre del Consejo Nacional de la Magistratura con algunos cambios menores) se encarga de la selección de los jueces. Es decir, un órgano del Estado se encarga de elegir los jueces, según un concurso público de méritos y evaluación personal a los candidatos (Constitución Política del Perú, art. 154, 1993).

Esta Junta a su vez está conformada por 7 miembros que son seleccionados mediante otro concurso público de méritos, por un periodo de 5 años. (Constitución Política del Perú, 1993) El concurso de méritos está a cargo, a su vez, de una Comisión Especial conformada por las siguientes personas:

- 1) El Defensor del Pueblo, quien la preside;
- 2) El Presidente del Poder Judicial;
- 3) El Fiscal de la Nación;
- 4) El Presidente del Tribunal Constitucional;
- 5) El Contralor General de la República;
- 6) Un rector elegido en votación por los rectores de las universidades públicas licenciadas con más de cincuenta años de antigüedad; y,

7) Un rector elegido en votación por los rectores de las universidades privadas licenciadas con más de cincuenta años de antigüedad.

Se trata de un proceso público, a través de varias etapas en distintos estamentos – todos públicos –, que concluye en el objetivo de designar a un juez para resolver distintos casos de naturaleza civil. Las partes de cada uno de los procesos en los que participe el juez fueron totalmente ajenas a la designación, porque se trata de una manifestación puramente Estatal.

Por lo tanto, de la revisión efectuada sobre el diseño del proceso civil, se desprende que parte del interés público que subyace al proceso civil se manifiesta en (i) la existencia de normas procesales imperativas previamente diseñadas; y, (ii) la selección de jueces sigue un procedimiento público a través de diversas instituciones públicas.

## **B. El Poder Judicial en números**

En el marco de la regulación antes descrita, resulta pertinente cuestionarse cómo funciona el Poder Judicial en la práctica, es decir, cómo se plasma la dinámica de las normas públicas y los procesos diseñados por el Estado.

Lo cierto es que no hace falta ser experto en derecho, ni siquiera litigar en el Poder Judicial, para saber que existe una sobrecarga procesal en los juzgados civiles. Es una de esas verdades de Perogrullo, que tiene como consecuencia la demora excesiva en la tramitación de las causas, con todos los perjuicios que genera sobre los litigantes y el propio sistema. Si bien resulta un problema evidente, que no requiere de mayor prueba, consideramos pertinente aterrizar en los números actuales de la estadística de casos del Poder Judicial, pues ello pondrá en relieve la magnitud del problema y las consecuencias que ello genera.

En el 2015, Gaceta Jurídica – una editorial especializada en recopilar jurisprudencia en el Perú – desarrolló una investigación acerca del sistema de justicia, en la que abordó el problema de la demora en la resolución de casos. Y es que desde la introducción de esta investigación se dejó en claro que “la carga procesal en el Poder Judicial ha sobrepasado los tres millones de expedientes y **un juicio civil excede en promedio los cinco años**; sin embargo, no son pocos los procesos que pueden llegar a durar más de una década” (Gaceta Jurídica, 2015, pág. 1) (énfasis agregado).

Los números hablan por sí solos. “[E]l 55% de la carga procesal del 2014 eran expedientes sin resolver que se arrastraban de años anteriores (1,668,300), mientras que solo el 45% correspondía a causas que recién ingresaron el año pasado (1,377,992 nuevos expedientes)” (Gaceta Jurídica, 2015, pág. 18). De acuerdo con dicho reporte, en 2014 se resolvieron 1,180,911 expedientes, lo que representó un aumento en la carga procesal que se arrastraría para el siguiente año, porque el número de expedientes ingresados fue mayor. Por lo general, esta situación de incremento de carga procesal se produce año a año y para el 2020 se proyectaba que la carga heredada de años anteriores llegue a más de 2.5 millones de expedientes (Gaceta Jurídica, 2015, pág. 19). Veamos la evolución de la estadística de los últimos años.

Según la Estadística Jurisdiccional del 2018 del Poder Judicial, la carga procesal arrastrada en todas las materias al 1 de enero de dicho año era de 2,133,718 de procesos, entre los que se incluía a procesos en trámite y en ejecución. Al finalizar dicho año, ingresaron 1,753,098 de expedientes y se resolvieron 1,724,394, con lo que también aumentó la sobrecarga procesal del Poder Judicial para el siguiente año (Poder Judicial, 2018, pág. 4).

Específicamente, en material civil, al 1 de enero del 2018, se inició con una carga acumulada de 488,847 expedientes de años anteriores. Dicho año, ingresaron 342,402 nuevos casos civiles, lo que representa el 19.5% total de los expedientes nuevos en el Poder Judicial. Sin embargo, únicamente, se resolvieron 327,912 expedientes, por lo que aumentó la carga procesal acumulada en materia civil para inicios del 2019 (Poder Judicial, 2018, pág. 14).

También es relevante señalar en qué instancia se encuentra la mayor carga procesal. Así, en las Salas Superiores Civiles, se reportaba una carga pendiente a inicios del año 2018 de 19,338 expedientes. Ese mismo año, ingresaron 64,088 casos y se resolvieron 58,502. Por su parte, en los juzgados especializados (primera instancia) en lo civil, existían 237,436 expedientes pendientes de resolver al inicio del año, ingresaron 153,614 casos y se resolvieron 148,816 expedientes (Poder Judicial, 2018, pág. 15). En ambas instancias, se presentó un déficit en la resolución de expedientes, que conllevó naturalmente (una vez más) al incremento de la carga procesal.

Por su parte, la Estadística Jurisdiccional del 2019 da cuenta que la carga procesal arrastrada al 1 de enero de dicho año era de 2,376,823 de expedientes, entre procesos en trámite y en ejecución. Al finalizar dicho año, también ingresaron más expedientes de los que finalmente se resolvieron, pues se iniciaron 1,915,465 procesos y, únicamente, se resolvieron 1,860,669. Ello generó que nuevamente la carga procesal arrastrada continúe en aumento (Poder Judicial, 2019, pág. 4).

Si aterrizamos la información, en procesos civiles únicamente, sin contar las causas en materia de derecho de familia, al 1 de enero del 2019, existían 516,088 procesos pendientes de resolver. En ese año, ingresaron 324,855 nuevos casos y se resolvieron 325,008 expedientes. Si bien son mejores resultados con respecto a 2018 y ello contribuyó a reducir la carga arrastrada, esta reducción fue mínima en aproximadamente 200 expedientes. En consecuencia, la carga procesal continuaba siendo de más de 500,000 casos pendientes de resolver en materia civil al 2020 (Poder Judicial, 2019, pág. 14).

La mayor carga procesal se encontraba acumulada en los juzgados especializados en lo civil. En las Salas superiores existían 22,250 expedientes pendientes al inicio del año, ingresaron 56,396 y se resolvieron 55,906. Por su parte, en los juzgados especializados existían 263,753 expedientes pendientes de resolver al iniciar el periodo. Durante el año, ingresaron 157,122 expedientes y se resolvieron 158,184 expedientes (Poder Judicial, 2019, pág. 15), lo que representó una ligera reducción en la carga acumulada.

En el 2020, la carga procesal pendiente de todo el Poder Judicial era de 2,603,540, entre procesos en trámite y en ejecución. En ese año, se resolvieron más expedientes que los ingresados (1,094,363 vs. 1,009,668); sin embargo, al igual que en años anteriores no se trata de una reducción considerable que demuestre un cambio de rumbo (Poder Judicial, 2021).

Específicamente, en materia civil existían 515,492 expedientes al inicio del año, sin contar los asuntos de naturaleza familiar. Durante el transcurso del año ingresaron 145,093 y se resolvieron 167,270. Si bien ello ha contribuido a reducir la carga acumulada, esta sigue siendo cercana a 500,000 expedientes (Poder Judicial, 2021).

La información en materia civil del año 2021 no es muy diferente, pues ingresaron aproximadamente 16,000 expedientes más de los que se resolvieron, la carga acumulada se mantuvo en líneas generales (Poder Judicial, 2022).

A pesar de que el número de expedientes pendientes o carga procesal pendiente no ha aumentado en demasía en 2018 e inclusive se redujo en 2019 y 2020, lo cierto es que no existe manera consistente de eliminar la carga procesal arrastrada de aproximadamente 500,000 expedientes en materia civil (sin contar derecho de familia), si se mantienen los mismos resultados en los próximos años. Esto significa que el *statu quo* es de congestión y demora constante.

Precisamente, en el boletín estadístico institucional del 2018 se señalaba que la tasa de congestión del Poder Judicial, que se obtiene de la división de la carga procesal del periodo entre el total de los procesos resueltos, alcanzó 1.61. Específicamente, en materia civil, la tasa de congestión alcanzó el valor de 1.95 (Poder Judicial, 2018, pág. 14). Por su parte, en el 2019, la situación no ha sido muy distinta pues la tasa de congestión general llegó a 1.59; mientras que en la especialidad civil tuvo un valor de 1.93 (Poder Judicial, 2019, pág. 14). Esto significa que existen casi el doble de expedientes civiles pendientes, de los que pueden ser efectivamente resueltos en un año. Finalmente, en el 2020 (Poder Judicial, 2021), la tasa de congestión general fue de 1.96; mientras que en materia civil llegó a más de 2.6<sup>6</sup>. Es decir, existen más del doble de expedientes de lo que los jueces son capaces de resolver.

Gestionar una carga procesal de aproximadamente 500 mil expedientes solo en materia civil, necesariamente repercute en la duración promedio de los casos. Precisamente, en el informe de Gaceta Jurídica se constató que los procesos civiles duran 4 años más de lo previsto en el Código Procesal Civil (Gaceta Jurídica, 2015, pág. 33). Por ejemplo, “los procesos de desalojo por ocupación precaria duran, en promedio, 4 años y 3 meses, esto es, 46 meses más que el plazo previsto en la norma. Por su parte, los procesos de ejecución de garantías duran 4 años y 6 meses, es decir, 49 meses más que el plazo legal”.

---

<sup>6</sup> Si bien puede existir un mayor efecto derivado de la pandemia de la covid-19 y la paralización de los juzgados, los números son consistentes con la situación del Poder Judicial descrita en los años anteriores.

(Gaceta Jurídica, 2015, pág. 33). Es decir, en la práctica, los plazos legales son ampliamente superados debido a la congestión del Poder Judicial.

De acuerdo con lo reportado por Bayly y Pasquel, se trata de una situación que se repite desde hace varios años:

Solamente en el año 1997, la carga aumentó en un 23% (de 1,328,965 casos a 1,724,845 casos), existiendo al año 2001 una brecha entre la carga procesal y la resolución de casos de casi 50%. Ello lleva a que en nuestro país la duración de un proceso penal ordinario de reo libre que termina en la Corte Suprema sea de 923.50 días aproximadamente, mientras que en el caso de un procedimiento sumario, irónicamente, llegue a ser de 995 días. El caso de los procesos de amparo es igual de dramático, pues sólo en la segunda instancia el procedimiento dura un promedio de 104.06 días, mientras que ante el Tribunal Constitucional el 66% de casos dura entre 180 y 360 días. (Bayly & Pasquel, ¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia rompiendo el mito de la justicia estatal, 2003, pág. 332)

La propia Defensoría del Pueblo también lo ha reconocido de manera expresa en el Informe Defensorial No. 109 que aborda una serie de propuestas para reformar el sistema de justicia civil:

La lentitud y, como consecuencia de ello, la congestión en el trámite de los procesos judiciales, es uno de los males centrales que caracterizan a nuestro servicio de justicia, lo cual es percibido así por la población. Según una encuesta de opinión realizada por el Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima, ante la pregunta, “¿Cuán excesivo es el tiempo que demandan los procesos judiciales?”, un 89% de ciudadanos considera que el proceso demora mucho (75.3%) o bastante (13.7%). Esta percepción ciudadana ha sido confirmada por continuos diagnósticos sobre el tema de reforma judicial, y específicamente por informes que dan cuenta del funcionamiento de determinados órganos jurisdiccionales, así como por diversas noticias difundidas en los medios de comunicación. (Defensoría del Pueblo del Perú, 2006, pág. 89)

Todo lo anterior, sin tomar en cuenta las consecuencias de la congestión de las cortes. Lo que incluye: (i) la asignación de derechos (World Bank, 2003, pág. 2); (ii) la corrupción (Diario El Comercio, 2019); y, (iii) la deslegitimación del sistema de justicia (Guevara, 2017, págs. 51 - 52) (Defensoría del Pueblo del Perú, 2006, pág. 22).

Por lo tanto, la estadística demuestra que el Poder Judicial no se da abasto para resolver, procesar y gestionar toda su carga procesal. En materia civil la tasa de congestión es superior al doble de la capacidad de los jueces para resolver casos.

Esta situación repercute negativamente en la asignación de derechos, la circulación económica e inclusive en potenciales actos de corrupción relacionados con la resolución de conflictos. Con todo ello, se genera una situación general de injusticia (De Vinatea, Naturaleza del proceso civil, 2006). Es decir, el sistema vigente no garantiza una correcta resolución de conflictos.

### **C. Las reformas: crónica de una muerte anunciada**

En este último apartado, abordaremos algunos de los intentos de reforma de los últimos años, para mejorar el servicio de justicia civil en el aspecto de reducir la congestión de las cortes. Todas las reformas tienen un denominador común: ninguna ha llegado a buen puerto con resultados positivos en la descongestión ni en el objetivo de brindar justicia adecuada y oportuna.

A inicios de este siglo, se emprendió uno de los intentos más coordinados y organizados por plantear reformar el sistema de administración de justicia. El 4 de octubre de 2003, a través de la Ley 28083, se creó la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia – CERIAJUS, con el objetivo de plantear verdaderas reformas al sistema de justicia en general. El reporte final de CERIAJUS da cuenta de ello, pues sostiene que a partir de un enfoque sistémico “se pretende construir una visión estratégica que permita identificar los problemas de cada institución en forma comprensiva e integral y que, al mismo tiempo, sitúe las propuestas en su contenido y ámbito de ampliación en la misma lógica” (Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia , 2004, pág. 16).

Las propuestas de reforma abordaban varios ejes temáticos, en un intento de refundar el funcionamiento del Poder Judicial. A continuación, se resumen los principales ejes de la

reforma propuesta (Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia , 2004):

- Reforma constitucional: A fin de lograr una justicia más autónoma y efectiva, se proponía eliminar la ratificación de jueces y fiscales cada 7 años, tener un TC con 10 magistrados, tener una corte suprema con una única sala con 11 magistrados, entre otros.
- Tomar medidas urgentes para la descarga procesal a través de eliminar exoneraciones que gozaban las AFP de tasas judiciales.

En esa línea, el profesor De Belaunde ha señalado que se planteó la necesidad de presupuesto adicional “a fin de que los ingresos por tasas judiciales no se dirijan a cubrir parte los honorarios de magistrados y auxiliares, sino a mejorar la calidad del servicio de justicia que se brinda” (De Belaunde, 2006, pág. 144).

- Modificaciones a códigos tanto en materia civil como penal a fin de lograr mayor eficiencia en el proceso
- Acceso a la justicia: Eliminar la conciliación obligatoria, exoneración de tasas judiciales para personas con extrema pobreza, asesoría legal gratuita, obligatoriedad de intérpretes en dependencias judiciales, entre otros.
- Recursos humanos: enfocarse en la preparación de los abogados, incluyendo la revisión de planes de estudio, enfocar la carrera magisterial en el mérito académico y profesional, un paso obligatorio por la academia de la magistratura, entre otros.
- Para reducir la sobrecarga procesal se propuso el incremento del número de jueces y fiscales.

Si bien estas medidas tenían un enfoque integral en la reforma del sistema de justicia, parte de sus objetivos incluía reducir la sobrecarga procesal, es decir, disminuir la congestión. Para ello, como hemos visto, las medidas propuestas implicaban el incremento de jueces.

Por su parte, en el 2006, a través del Informe Defensorial No. 109, la Defensoría del Pueblo también planteó una serie de reformas sobre el sistema de justicia en el Perú, con el objetivo de generar ciertos puntos de consenso. Una de las primeras medidas propuestas fue generar talleres para identificar las causas de la dilación de procesos, de tal manera que se logre una autoevaluación de la situación por parte de los magistrados y

su equipo. En esa misma línea, consideró necesario introducir mejoras tecnológicas para agilizar la labor judicial (Defensoría del Pueblo del Perú, 2006).

Por otro lado, a través de la especialización de los magistrados u órganos jurisdiccionales, se buscaba elevar los estándares de las resoluciones judiciales y generar mayor predictibilidad y eficiencia. Finalmente, entre las medidas a resaltar, se encontraba regular la participación de los *amicus curiae* como sujeto procesal que contribuye con el juez en la formación de convicción para tener una decisión más rápida (Defensoría del Pueblo del Perú, 2006)..

Desde la perspectiva de la Defensoría del Pueblo, parte del problema de la congestión se encontraba en la falta de eficiencia de los propios magistrados del Poder Judicial.

Otro intento mediático y más reciente (aunque bastante menos organizado<sup>7</sup>), fue el cambio de nombre del Consejo Nacional de la Magistratura por la ahora llamada Junta Nacional de Justicia, luego de una serie de escándalos de corrupción al interior de dicha institución que se encarga del nombramiento y ratificación de jueces y fiscales en todo el país. A raíz de la reforma, los miembros de la Junta Nacional de Justicia se eligen a través de un concurso público (Ley 30916, art. 5, 2019). Si bien esta reforma del sistema de justicia no buscaba directamente atacar el problema de la congestión de las cortes, la designación de magistrados se ha visto como una labor importante en ese sentido.

De manera paralela y constante, el Poder Judicial ha dispuesto de la creación de Salas transitorias en la Corte Suprema para atender la mayor carga procesal (Resolución Administrativa de Sala Plena No. 011-2000-SP-CS-PJ, 2000) (Ley 27367, art. 2.a)) (Resolución Administrativa No. 028-2000-CT-PJ, 2000). Ello a pesar de que, inclusive desde la doctrina procesal, se ha señalado que la oferta de justicia (cantidad de jueces disponibles) no constituye una panacea que va a solucionar el problema de la congestión de las Cortes:

Aparentemente se mantiene la convicción de que la sola creación de nuevos órganos jurisdiccionales solucionará el problema de la población de acceso a la justicia, rumbo que necesita enmendarse a fin de que el crecimiento de los

---

<sup>7</sup> Al respecto, he opinado anteriormente: Serván, Nicolás. "Salvar el sistema de justicia afectando la institucionalidad". Publicado el 24 de julio de 2018. En: <http://forseti.pe/periodico/articulos/salvar-el-sistema-de-justicia-afectando-la-institucionalidad/>

órganos del Poder Judicial no signifique también el crecimiento de sus problemas y su bajo nivel de aprobación (De Belaunde, 2006, pág. 140).

Inclusive, en los últimos años se ha llegado a proponer (De Belaunde, 2006, pág. 140) que el arbitraje es una herramienta que permitiría descongestionar los tribunales ordinarios, pues se presenta como una alternativa para obtener tutela. Asimismo, permitiría aumentar los niveles de acceso a la justicia, en la medida que el arbitraje liberaría la carga de los tribunales.

Lamentablemente, a pesar de que varias de estas propuestas han sido implementadas, no se ha conseguido un cambio relevante en el problema de la congestión de las cortes. Largos años después, la cantidad de casos pendientes de resolver solo continúan en aumento sin una solución viable y los procesos toman varios años más de lo escrito en la norma procesal. El problema de la congestión de las cortes se mantiene plenamente vigente y la estadística no miente.

Precisamente, uno de los mayores expertos y estudiosos en materia de reforma de sistemas de justicia señala sin lugar a duda que “desde lejos, constato que, a lo largo de casi treinta años, los propósitos de reforma se han renovado periódicamente, sin dar fruto. La reforma de la justicia hace ciclos invariablemente improductivos” (Pásara, 2014, pág. 299).

En una línea similar, a raíz de analizar el caso de los procesos civiles, la Defensoría del Pueblo ha sido clara en señalar que a pesar de que existen principios como inmediatez, economía procesal, celeridad, buena fe (y varios otros más en el papel) que inspiran el del sistema de justicia y deberían facilitar la eficiente resolución de controversias, los diagnósticos sobre la desorganización y mora (demora) en el funcionamiento del sistema no resultan alentadores (Defensoría del Pueblo del Perú, 2006).

A pesar de lo que se podría creer, no se trata de un problema local por mala aplicación de reformas. Los fracasos de las reformas que insisten en los mismos aspectos se repiten en diversas jurisdicciones a lo largo del mundo.

Por ejemplo, en el Informe Zeizel que reporta el profesor Priest (Private Litigants and the Court Congestion Problem, 1989) se propuso una fórmula de aumento de más jueces para

solucionar el problema de la congestión de las cortes en Nueva York en los años 60. De acuerdo con uno de sus autores, era la fórmula para dicho problema:

If there is a secret to the court congestion problem it must reside here in the special distrust we have developed of the claims for more judges. In a way the whole matter is embarrassing. There is really no problem of delay in any court system since it can always be solved by appointing sufficient additional judges. Further, solving the problem by additional judges is the kind of insight that a reasonably bright three years old would have. So what have we been talking about for so many years now and why are we here today? (Kalven Jr., 1963, pág. 324).

Lamentablemente, como expone el profesor Priest, luego de implementar la propuesta no se generó una solución para la congestión de las cortes en Nueva York (Private Litigants and the Court Congestion Problem, 1989).

De igual manera, Westover señalaba que uno de los posibles métodos para solucionar el problema de la congestión es el aumento de jueces. Sin embargo, lo cierto es que el método propuesto para solucionar la congestión terminó por resultar ineficaz: “the first solution [aumento de jueces] has been tried and found ineffective”. Asimismo, agrega citando al Juez Warren que “while more judges are essential to enable us to keep pace with the growing population, we cannot expect our real strength to flow merely from expanding the judiciary. That has been done in the past, and it has been found not adequate” (Westover, 1958, pág. 393).

De hecho, en un estudio realizado en los tribunales de primera instancia de India se determinó que la productividad está relacionada con la cantidad de casos que ingresan, razón por la que las reformas tienden a fallar. Es decir, los jueces tienden a ajustar su productividad conforme a la carga procesal que manejan (Micevska & Hazra, 2004, pág. 16). Por ello, se agrega que las soluciones relacionadas con el aumento del número de jueces o inclusive cambios en el procedimiento, han terminado en un fracaso (Micevska & Hazra, 2004, pág. 25).

Como bien resumen Texeira, se trata de un problema global:

Almost anywhere in the world, it is commonplace to say that the judiciary is in crisis. In many countries, the judiciary is considered slow, inefficient, and expensive. **Numerous reforms have been implemented to try to expedite courts, and many more are currently underway, but the results have thus far not been quite satisfactory and it is fair to say that the caseload and court congestion may be rising in many jurisdictions** (Texeira, 2010, págs. 645-646).

La pregunta detrás de todo lo resumido<sup>8</sup>, es ¿por qué fallan las reformas que intentan modificar las condiciones en las que se administra justicia? Se suelen identificar diversos factores detrás de las congestiones de las cortes y en base a ello se diseñan las soluciones (Gaceta Jurídica, 2015)<sup>9</sup>. Sin embargo, todas las reformas tienen como común denominador que mantienen la concepción de bien de libre acceso y diseño centralizado basado en el interés público del proceso civil.

Por ello, en el siguiente capítulo describiremos algunas historias de éxito como la del arbitraje en nuestro país que sí reconoce incentivos privados y ha tenido un gran desarrollo. Además, desde la perspectiva económica, analizaremos qué tipo de bien es la resolución de controversias civiles y los incentivos a los que responden las partes al momento de iniciar y tramitar una controversia, para determinar las principales razones por las que el sistema está congestionado y en situación de sobreuso como demuestra la estadística revisada.

---

<sup>8</sup> Si bien existen muchas más reformas y propuestas de reformas, únicamente se han abordado las principales y pertinentes para este trabajo.

<sup>9</sup> Específicamente, se señala que “(1) demora en el envío de las notificaciones; (2) demora en el envío de los cargos de recepción de las notificaciones; (3) cambio de jueces; (4) suspensión de juzgados y tribunales; (5) actos dilatorios de los abogados; (6) excesiva carga procesal de demandas en que interviene el estado; (7) huelga del Poder Judicial; (8) ausencia de jueces en la tarde”.

**III. CAPÍTULO II**  
**¿POR QUÉ LAS CORTES ESTÁN CONGESTIONADAS? LA MIRADA DESDE**  
**EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

Luego de haber determinado que el sistema de justicia es de libre acceso y que, en general, todo su diseño está centralizado en base al interés público, en este capítulo analizaremos, desde el punto de vista económico, las razones por las que existe una situación de sobreuso del sistema. Para ello, partiremos por analizar ejemplos en los que la justicia es no determinada por el Estado, para posteriormente enfocarnos en los incentivos a los que responden los litigantes y su impacto en la congestión.

#### **A. ¿La justicia siempre es determinada por el Estado?**

Desde la visión procesal, como hemos visto, el proceso atiende – principalmente – al objetivo de plasmar en la sociedad el derecho objetivo para garantizar la paz social en justicia. En ese contexto, a pesar de las concepciones más públicas o privadas del proceso, no cabe duda de que la justicia es una prestación básica que debe garantizar el Estado de acuerdo con los principios y derechos que se desprenden del artículo 139 de la Constitución. Por esa misma razón, el proceso está concebido como un bien de libre acceso, con normas basadas en el interés público y dictaminadas por el Estado, bajo el paradigma vigente de que el acceso a la justicia es garantizado por parte del Estado.

De esa forma, se considera casi un dogma que el servicio de justicia es un servicio público que debe ser brindado por el Estado<sup>10</sup>. Pero ¿la justicia siempre ha sido pública y brindada por el Estado?

Existen innumerables ejemplos que nos permitirán responder a esta interrogante.

##### **i. Ilusiones o realidades**

En el mundo de ficción de Homero, la idea del Estado estaba asociada fundamentalmente a la protección frente a las invasiones extranjeras y no había mayor preocupación sobre cuestiones internas como asesinatos y ofensas públicas. Inclusive, “no public

---

<sup>10</sup> Para mayor referencia ver Castillo, Mario & Vásquez, Ricardo. Arbitraje: naturaleza y definición. Derecho PUCP, (59), 273-284. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200601.012>, 2006.

“La publicidad de los juicios tiene la misma lógica, exorcizar el secreto que, se pontifica, es fuente de todo abuso. Y como el abuso es lo que la justicia trata de proscribir de la Tierra, exítese que la ley sea igual para todos y, por tanto, que nadie escape a los procedimientos que esta establezca previamente en materia de justicia, de tal modo que todos, por igual, sean medidos por la misma vara. De ahí que nadie pueda pagar su justicia sino que esta deba ser accesible a cualquiera merced a la gratuidad de su administración. Porque, finalmente, de todo esto se trata la justicia, según se dice, en una visión popular y política tan difundida que es moneda común y corriente en casi todas las constituciones del mundo occidental, y cuyo cuestionamiento constituiría una herejía contra la modernidad y un retroceso a las cavernas”.

adjudication, enforcement, or punishment is maintained for the person or property” (Posner, *The Homeric Version of the Minimal State*, 1979, pág. 31). Esta ausencia de protección pública a los intereses privados no es únicamente una ficción, sino que también se ha producido en algunas otras realidades.

Uno de los ejemplos más recurrentes de justicia sin la presencia de un aparato estatal o judicial que la respalde es el de la *lex mercatoria*, que era el derecho privado de los comerciales aplicado en base a la costumbre creada entre ellos mismos con el principal objetivo de regular sus relaciones surgidas del trato comercial (Tovar Gil, 2004, pág. 158).

La ejecución de este tipo de Ley está basada en el comportamiento y compromiso voluntarios de los actores sin presencia de un agente o aparato del Estado, porque los actores responden a incentivos entre ellos mismos:

It succeeds even though there is no state with police power and authority over a wide geographical realm to enforce contracts. Instead, the system works by making reputation system to enforcement work better. The institutions we have studied provide people with the information they need to recognize those who have cheated, and it provides incentives for those who have been cheated to provide evidence of their injuries. Then, the reputation system itself provides the incentives for honest behavior and for payment by those who are found to have violated the code, and it encourages traders to boycott those who have flouted the system (Milgrom, North, & Weingast, 1990, pág. 19).

Al respecto, de acuerdo con el profesor Benson, la *lex mercatoria* es un claro ejemplo de que no se necesita de la presencia estatal o un aparato de ejecución como sería el Poder Judicial para (i) definir y (ii) hacer cumplir reglas aplicables. Lo anterior en la medida que este derecho se ha producido lejos de las barreras políticas y fuera de la influencia de gobernantes (Benson, *Justicia Sin Estado*, 2019, pág. 43). Por ello, sostiene expresamente que:

[L]a costumbre se respeta, no porque la respalden instituciones o individuos poderosos, sino porque **cada sujeto advierte los beneficios de comportarse**

**de acuerdo con lo que otros esperan de él, siempre que estos también se comporten como él espera.** En otras palabras, si una minoría impone las leyes coercitivamente, desde arriba, entonces esas leyes requerirán mucha más coacción de la que se necesita cuando las leyes se elaboran desde abajo por medio de mutua aceptación y respeto (Benson, Justicia Sin Estado, 2019, pág. 22).

Los comerciantes realizan una valorización de lo que resulta más beneficioso para su negocio y sus intereses. En base a ello, modelan su comportamiento y crean un sistema conjunto de actividades. Ello incluye resolver las controversias de un modo determinado, así como acatar y respetar las decisiones comerciales, sin necesidad de una coacción estatal específica.

Otro ejemplo relevante se desprende de los sistemas de adjudicación en sociedades primitivas, en las que no se depende de la existencia de un órgano estatal en los términos que se conoce actualmente. Inclusive, no existían órganos legislativos, pero tampoco jueces y fiscales (Posner & Landes, Adjudication as a Private Good, 1979, pág. 242). El caso más emblemático es el de la comunidad de Indígenas Yurok en California que no tenía gobierno, pero sí un sistema bien desarrollado de justicia privada:

“A Yurok who wanted to prosecute a legal claim would hire two, three, or four nonrelatives from a community other than his own and the ‘defendant’ would do likewise. These men (called ‘crossers’) would go between the litigants (who generally did not meet in person during this period) to ascertain claims and defenses and collect evidence. After hearing all of the evidence the crossers would render a judgment for damages. Each crosser received some shell currency from the litigants for his work” (pág. 242).

Carrington (1979) critica la posición de Posner y Landes sobre que los miembros de la comunidad de Yurok tenían justicia privada, porque en una tribu no es posible hacer tal distinción entre justicia pública y privada. Sin perjuicio de ello, debemos tener en cuenta que la formación de los *crossers*, tal como ha sido descrita, resulta asimilable a la práctica común en el arbitraje en el que cada una de las partes designa a sus juzgadores y qué duda cabe – como ya veremos en más detalle – es justicia privada.

De hecho, otro de los aspectos interesantes de esta regulación está relacionado con la anteriormente descrita *lex mercatoria*, pues ante la inexistencia de un cuerpo formal de leyes o un poder legislativo, los *crossers* aplicaban la costumbre para resolver las controversias entre las partes. Es decir, no se requería de la existencia de un cuerpo Estatal para que exista derecho y ese sea aplicado a un caso concreto.

Posner sostiene que inclusive en las comunidades primitivas existía una búsqueda de justicia, a pesar de la inexistencia de mecanismos estatales. Por ello, una de las alternativas más comunes consistía en que el afectado por alguna ofensa decida acudir ante un tercero, un hombre mayor o sabio o cualquier otro tercero imparcial para que resuelva la controversia. Agrega que el infractor de la norma también tendría incentivos para acudir a dicho mecanismo, puesto que de lo contrario podría enfrentar represalias o presiones de grupo (como ostracismo) (Posner, *The economics of justice*, 1981).

ii. El arbitraje como mecanismo de solución de controversias y una historia de éxito en el Perú

El arbitraje (salvo contadas excepciones<sup>11</sup>) es hijo de un contrato o de un acuerdo de voluntades, mediante el cual las partes se someten libremente a resolver sus controversias de manera privada, en lugar de acudir ante un determinado juez del Poder Judicial. Así, Alfredo Bullard sostiene que “incluso para quienes asumen que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, el convenio arbitral es un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades dirigido a crear una relación jurídica de naturaleza patrimonial” (Bullard , *¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana*, 2012). Es decir, necesariamente las partes deben tener un acuerdo para someterse a arbitraje.

Por ello, el profesor Bullard ha llegado a afirmar, en opinión que suscribo y comparto, que “el arbitraje es, antes que nada, una criatura contractual” (Bullard , *El Dilema del Huevo y la Gallina: El Carácter Contractual del Recurso de Anulación*, 2012, pág. 18).

---

<sup>11</sup> Nos referimos al arbitraje que surge por mandato obligatorio de la ley, como la ley de contrataciones con el Estado en Perú. Esta prevé que necesariamente un grupo importante de controversias (ampliaciones de plazo, liquidación contractual, nulidad, entre otras) se resuelvan necesariamente mediante arbitraje.

En esa misma línea, Bernardo Cremades sostiene que “el arbitraje se justifica en la autonomía de la voluntad, fruto de la libertad, valor fundamental que nuestro ordenamiento jurídico propugna (...) La piedra angular del arbitraje es el convenio arbitral; negocio jurídico por el que las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas, o de algunas de ellas, que se hayan planteado o que puedan plantearse respecto de una determinada relación jurídica” (Cremades, 2006, págs. 187-188). En esa misma línea, De Trazegnies afirma que “por su origen y por su naturaleza, el convenio arbitral es un contrato. En consecuencia, como tal, es ley entre las partes” (De Trazegnies, 2004).

Una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de España no ha hecho más que confirmar que, desde la perspectiva constitucional de un país del *civil law*, el origen del arbitraje reside en la autonomía de la voluntad de las partes, de ahí que:

La institución arbitral – tal como la configura la propia Ley de Arbitraje – es un mecanismo heterónimo de resolución de conflictos, al que es consustancial a la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción (Caso Bárbara Gutiérrez Maturana, 2021).

En este punto, incluso se ha llegado a discutir si el arbitraje es un orden autónomo o uno heterónimo. Como resumen De Benito y Huerta de Soto “Gaillard habla de un ordenamiento jurídico arbitral internacional o mejor transnacional, como les gusta decir a nuestros vecinos (...) Jan Paulsson, por su parte, opina que todo esto no es más que «poesía parisina», *Parisian poetry*, dice; poesía barata, le falta decir. Y la verdad es que un orden así, de autónomo, tiene poco. Autónomo es lo que se da leyes a sí mismo. Pero si son los estados los que dan las leyes al arbitraje, entonces el arbitraje no es autónomo, sino heterónimo, que es evidentemente todo lo contrario” (De Benito & Huerta de Soto, 2015, pág. 123).

Ello ha generado que cierto sector doctrinario afirme que la eficacia del arbitraje únicamente es posible porque los tribunales públicos amparan los laudos y permiten su ejecución (Posner & Landes, *Adjudication as a Private Good*, 1979)

La evidencia del derecho mercantil nos demuestra que esa posición no es precisa, pues como hemos visto, su desarrollo ha contemplado el boicot como una de las herramientas privadas para forzar el cumplimiento de las decisiones sin la presencia de las autoridades públicas (Benson, *Justicia Sin Estado*, 2019, págs. 256-257). El precio en caso de incumplir una práctica o costumbre del derecho mercantil es mucho mayor que los beneficios, pues se dejaría de lado la posibilidad de continuar con las actividades comerciales. Una situación similar se presentaría con las decisiones emanadas en ese contexto.

En otra de sus investigaciones, el profesor Benson ha analizado el caso de la industria de los diamantes. Específicamente, señala que en dicha industria se utilizan reglas privadas y contractuales, porque existe un rechazo de las reglas de derecho diseñadas por los Estados. Tal es el caso de *The New York Diamond Merchants* en el que no se aplican las reglas contractuales de Nueva York en los arbitrajes, sino los usos y costumbres de los actores de la industria (Benson, *Arbitration*, 1999).

Lo anterior sucede porque los comerciantes buscan que se tome en consideración las circunstancias particulares de la industria que no son conocidas ni contempladas al momento de elaborar las leyes estatales, para determinar la responsabilidad y realizar el cálculo de daños. Por ello, se ha desarrollado todo un sistema privado que tiene como base las asociaciones de *trading*, en el que cada miembro que quiera ingresar debe aceptar las reglas de la asociación y someterse a resolver las controversias mediante arbitraje. Tampoco se requiere a las cortes para ejecutar las medidas porque la reputación es el mejor mecanismo de ejecución, pues si no se cumple con la medida en un plazo determinado, la información de la parte incumplidora es puesta a disposición de cada miembro de la asociación, lo que afecta sus oportunidades de negocio e inclusive podría resultar en un boicot por parte de los miembros, es decir, una especie de ostracismo (Dilanni, 2010, pág. 228).

Otro ejemplo similar se remonta a la época de la guerra de Secesión en Estados Unidos, pues luego de los bloqueos navales que dificultaron la venta de algodón, se incrementó

la resolución de casos ante los tribunales públicos. En ese contexto, la Asociación de Algodón de Liverpool decidió incorporar convenios arbitrales en todos los contratos entre sus agremiados, para evitar las cortes estatales (Benson, Justicia Sin Estado, 2019, págs. 252-253). Así, en caso un comerciante desee realizar transacciones, debía someterse a las reglas determinadas por los miembros de la asociación

De hecho, el propio profesor Jan Paulsson (quien cuestiona el arbitraje como un orden autónomo) brinda otro ejemplo muy interesante relacionado al arbitraje que opera en un contexto no estatal, el mundo del deporte. A través de la creación de la Court of Arbitration for Sport se ha establecido un mecanismo arbitral de gran eficacia, en el que los laudos arbitrales tienen efecto inmediato:

It is easy to see why this is so in disciplinary cases; an athlete who is suspended for a doping offence simply will not be given the credentials to compete because the federations who organize competitions adhere to regulations which accept CAS awards as ultimate appellate decisions (Paulsson, 2010).

Por su parte, Cooter y Ulen destacan un mecanismo similar utilizado por la gran empresa de medios de pago Visa:

The Visa credit card corporation offers another interesting example. Visa provides a network connecting banks that issue cards and enrolling merchants to accept Visa cards as payment for goods. Consumers sometimes refuse to pay a disputed bill (“The goods were never delivered”). When this happens, the bank that issued the card to the consumer will try to charge the item’s cost back to the bank that enrolled the merchant who sold the disputed goods. This action could result in a legal dispute between the two banks about the responsibility for the item’s cost. Such disputes are handled by Visa’s Arbitration Committee. The plaintiff has to pay a fee for originating a complaint, and both parties submit written accounts of the facts. The committee decides on the basis of these documents, without ever meeting with the disputants. When the committee announces its decision, the loser pays the judgment and also the costs of arbitration. There are no lawyers, no

detailed legal procedures, and no face-to-face encounters between disputants (Cooter & Ulen, Law and Economics, 2016, págs. 404-405)

Los ejemplos son diversos y permiten demostrar que la presencia estatal no es una condición necesaria para administrar justicia ni tampoco para ejecutar decisiones. Cuando los agentes perciben los beneficios de cumplir una decisión desfavorable porque en caso contrario saldrían de escena, no tienen mejor alternativa que cumplir.

Por ello, no resulta extraño pensar en el arbitraje como un orden jurídico espontáneo del mercado (aunque no necesariamente autónomo), como resalta la tesis de los profesores De Benito y Huerta de Soto, quienes sostienen que el arbitraje es un oficio que tiene como propósito satisfacer las necesidades de administración de justicia, pues:

se desempeña por personas particulares que descubren una oportunidad de ganancia potencial en el desajuste social que supone el no actuar conforme a derecho de determinados actores y el daño que ello causa a su vez a otros seres humanos. Cada árbitro tiene una información única e intransferible y es por tanto capaz de encontrar su particular hueco o nicho de mercado. Los actores deben ser perspicaces para aprovechar las oportunidades de ganancia que descubren, poniendo los medios necesarios para ello: formación, experiencia, ética, reputación, etc. En el arbitraje el protagonista es la función empresarial: mediante su ejercicio se logra la coordinación social en el ámbito de la administración de justicia de un modo espontáneo, libre y voluntario (De Benito & Huerta de Soto, 2015, pág. 122)

Por ello, agregan que el arbitraje comercial internacional y su evolución hasta la actualidad es totalmente espontánea en la medida que:

**Nadie pudo nunca sentarse y ponerse a diseñar el arbitraje internacional tal como hoy lo conocemos:** con las innumerables empresas que incluyen en sus contratos cláusulas arbitrales, los propios estados que se someten a arbitraje en cientos, miles de acuerdos bilaterales de protección recíproca de inversiones, todas las instituciones administradoras de arbitrajes, los despachos – ejércitos de abogados o pequeñas boutiques – que llevan los asuntos, esos señores de plateadas sienes que anhelan nuevos nombramientos

como árbitros, los congresos donde todo el mundo se reparte viejas y nuevas tarjetas, las asociaciones +40 y - 40... Nadie podría, por definición, tener la inteligencia, el conocimiento, la información necesaria para montar de la nada un tinglado semejante (De Benito & Huerta de Soto, 2015, pág. 126) (énfasis agregado)

Así, el arbitraje se presenta como una alternativa privada, inclusive sin necesidad de las cortes públicas para ejecutar las decisiones arbitrales en varios supuestos y con ventajas sustanciales frente a dicho sistema. Por ello, ante la no satisfacción en el poder judicial por los retrasos, los agentes migran al arbitraje como una alternativa para aprovechar los beneficios y ventajas comparativas que ofrece para resolver controversias privadas (Baruch, 1984, pág. 59).

Precisamente, en base a esa libertad y flexibilidad que ofrece el arbitraje, se ha desarrollado en el Perú una gran práctica en los últimos 25 años. Así, “el Perú pasó, de ser un país que lo trataba con mediocridad [al arbitraje], a ser uno de los países con el arbitraje más exitoso en la región y quizás uno de los más exitosos en el mundo” (Bullard , El Dilema del Huevo y la Gallina: El Carácter Contractual del Recurso de Anulación, 2012, pág. 18). Es posible decir que en el Perú el arbitraje sí representa una historia de éxito en una reforma relacionada con la resolución de conflictos, una vez que se emprendió la labor de reforma de la ley de arbitraje para llevarla al estándar internacional. El crecimiento exponencial que demuestran las estadísticas de las instituciones arbitrales no hace más que confirmarlo (Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, 2020).

Por lo tanto, ha quedado en evidencia que el arbitraje se trata de un mecanismo privado y vigente que permite resolver controversias más allá del sistema público e, inclusive, en ciertos supuestos como las asociaciones de vendedores de diamantes, bajo normas no estatales, cuya ejecución también se realiza en el ámbito privado.

### iii. Otros ejemplos modernos

En los últimos años también se da cuenta del resurgimiento de las alternativas privadas para la resolución de controversias, a tal punto que se propone como un mecanismo para aumentar el acceso a la justicia, pues “expanding alternative dispute resolution also introduces a measure of competition that may promote improvements. If individuals have

choices, they have greater leverage in making their needs heard and in enhancing the quality of the options available” (Rhode, 2004).

Estos métodos o mecanismos alternativos tienden a ser reaccionarios cuando el sistema público o de justicia estatal no es capaz de satisfacer las necesidades de los litigantes, quienes se ven forzados a buscar o crear alternativas que brinden mayor eficacia para la resolución de sus conflictos (Paulsson, 2010).

Así, ya desde los años 1990 la CCI, más allá del reconocido y prestigioso servicio de arbitraje que brinda su Corte de Arbitraje Internacional, ha desarrollado y promovido servicios alternativos de resolución de controversias (Wolrich, 2011, pág. 9). Además, al igual que en el caso del arbitraje, las reglas de mediación de la CCI son actualizadas de manera constante y consistente con las mejores prácticas del mercado<sup>12</sup>.

Más allá de las formas específicas o mecanismos existentes, que son muchos y su estudio excedería el alcance de este trabajo, lo importante es lo que existen ejemplos de contratación completa de servicios judiciales que representan una privatización de la justicia como mediación, cortes o formas privadas de imponer sanciones, que se están extendiendo en la sociedad y ganan mayor popularidad y participación (Benson, Partial Privatization/ The Level and Scope of Contracting Out in Criminal Justice, 1998, págs. 23-24).

Inclusive, de manera reciente en Honduras se han empezado a instalar ciudades libres (denominadas ZEDE), fuera de cualquier injerencia estatal o gubernamental, en base de un acuerdo de coexistencia. En ese contexto, se creó el Próspera Arbitration Center por medio del cual se desarrolla un mecanismo de solución de controversias que servirá a los ZEDE para que sus residentes resuelvan sus controversias<sup>13</sup>. Este centro arbitral está conformado por 8 árbitros y es una búsqueda por resolver de manera absolutamente privada los conflictos. Desde el 2018, la propia BBC de Londres reportaba la iniciativa y señaló que dichos sistemas de justicia “en principio estarían habilitados para funcionar

---

<sup>12</sup> Véase el Reglamento de Mediación de 2014 de la Cámara de Comercio Internacional.

<sup>13</sup> Véase la noticia reportada por Beth Gaglia y Andrea Nuila el 15 febrero 2021 en: <https://nacla.org/news/2021/02/12/private-government-honduras-zede-prospera>

de manera autónoma e independiente y bajo el derecho anglosajón (Common Law)”<sup>14</sup>, a pesar de que Honduras es un país de *civil law*.

Por lo tanto, debe quedar absolutamente claro que existen y siempre han existido una serie de mecanismos privados para resolver controversias sin necesidad de tener que acudir a la justicia estatal. Por lo tanto, el dogma de que la justicia siempre es un bien público que necesariamente debe ser provisto por el Estado, parece quedar desmitificado. Sin perjuicio de los ejemplos brevemente analizados, en el siguiente apartado analizaremos desde el punto de vista económico si el sistema de resolución de controversias califica como un bien público o un bien privado.

## **B. Clasificación económica del servicio de administración de justicia**

Con ese antecedente, en este apartado realizaremos una clasificación económica del servicio de administración de justicia. Así, desde el punto de vista económico (Mankiw, 2012, págs. 218-219), los bienes pueden clasificarse en cuatro categorías: (i) Bienes públicos; (ii) Bienes club; (iii) Bienes comunes; y, (iv) Bienes privados.

Estas categorías surgen a raíz de una combinación de posibilidades entre dos variables, por un lado, la rivalidad en el consumo y, por el otro, la posibilidad de exclusión. La rivalidad en el consumo significa que un bien se agota, consume o disminuye por el uso de una persona determinada. La exclusión es la capacidad del bien de impedir que una persona lo utilice. Así, las 4 categorías antes nombradas están determinadas ante una alta o baja rivalidad en el consumo o una alta o baja capacidad de exclusión, tal como se desprende de la siguiente imagen (Mankiw, 2012, págs. 218-219).

Así pues, los bienes privados son rivales en el consumo y también excluyentes. Mientras que, los bienes públicos son aquellos en los que no puedes excluir a las personas de su uso, ni tampoco se agotan con su uso. Por su parte, los bienes comunes son aquellos que no se pueden excluir, pero sí se agotan con el consumo.

Los profesores Posner y Landes señala que una corte (ya sea pública o privada) produce dos tipos de bienes: i) la resolución de la controversia del caso concreto como, por ejemplo, si se ha incumplido o no una obligación contractual; y, ii) la formulación de

---

<sup>14</sup> Véase <https://www.bbc.com/mundo/media-45440323>

reglas con carácter general, como vendrían a ser los precedentes (Adjudication as a Private Good, 1979, pág. 236). Bajo su criterio, ninguno de estos bienes son bienes finales, sino intermedios, pues lo relevante es finalmente el comportamiento de los agentes:

Dispute resolution is not a good in itself but an **input into compliance with socially desired standards of behavior**. Rules creation is not desired in itself either but is a means of particularizing the standards of socially desired behavior in order to promote compliance with them (Posner & Landes, Adjudication as a Private Good, 1979, pág. 236) (énfasis agregado)

La diferencia entre estos dos bienes radica en (i) decidir un caso concreto con efectos entre las partes intervinientes en la disputa y (ii) tomar una decisión con efectos generales. En el primer caso, la decisión emitida únicamente afecta e interesa a las partes litigantes; mientras que, en el segundo, la decisión va más allá de los litigantes. Es decir, en este último supuesto, las partes no internalizan los costos de dicha decisión (Cooter & Ulen, Law and Economics, 2016, pág. 412). Analizaremos cada uno de estos bienes de manera independiente.

En cuanto al primero de los bienes, es factible que exista un mercado privado de resolución de disputas y los ejemplos vistos anteriormente así lo demuestran. Sin embargo, para Landes y Posner no sería eficiente bloquear por completo la intervención pública, pues será requerida para i) la ejecución de la decisión y ii) para compeler a aquellos que no quieran someterse al sistema privado (Posner & Landes, Adjudication as a Private Good, 1979).

Por su parte, Pasquel y Bayly son más enfáticos en señalar que la resolución de un caso determinado (por ejemplo, sobre la titularidad de un bien) es un bien absolutamente privado, porque dicha decisión judicial solo afecta (o beneficia) a las partes intervinientes en el proceso. Es decir, a los terceros – en principio – no les resulta relevante la resolución del conflicto sobre ese determinado bien. Agregan que para que otros sujetos resuelvan sus nuevos conflictos sin ninguna relación al conflicto previamente resuelto, será necesario incurrir en costos adicionales de activar el sistema de justicia (Bayly & Pasquel, ¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia rompiendo el mito de la justicia estatal, 2003, pág. 328).

Texeira parte su análisis sobre si la resolución de conflictos es un bien público o un bien privado, utilizando los conceptos de rivalidad en el consumo y exclusión, en base a determinar la clasificación económica de la ley. En primer lugar, sostiene que la ley, al igual que la información, no es rival en su consumo, es decir, no se agota por el hecho de que exista un nuevo usuario, pero su coerción sí resulta exclusiva. Por ello, no se trata de un bien público sino de un bien club. La consecuencia de ello es que:

since law as coercion is excludable, the provider or supplier of the adjudicative service may withhold services from those that refuse to pay the costs of providing such services. As a result of the excludability of law as coercion, there can be a market for law even in the absence of government (Texeira, 2010, págs. 645-646).

Profundicemos sobre cada uno de estos conceptos. El ejemplo más claro sobre la posibilidad de exclusión se plantea en el arbitraje, en el que si los costos arbitrales (ya sean gastos del centro de arbitraje o los honorarios de los árbitros) no son asumidos por las partes, se puede decidir no continuar o no iniciar el arbitraje. Inclusive, este sistema se puede replicar en las cortes locales (más allá de si los costos están subsidiados o no), pues si no se pagan las tasas judiciales, el proceso simplemente no se inicia o, en todo caso, se declara improcedente. Ello demuestra que resulta totalmente posible excluir la resolución de controversias a un bajo costo (Texeira, 2010, pág. 646).

Con relación a la rivalidad en el consumo, Texeira considera que es posible clasificarla como alta y baja al mismo tiempo, aunque parezca contradictorio. Lo anterior, en la medida que es probable que un juez vea más de dos casos al mismo tiempo si estos no son complejos. En ese escenario, la rivalidad en el consumo sería baja porque el recurso (juez) no se agota con el consumo de uno. Sin embargo, cuando existen casos de excesiva complejidad o el número de casos es mayor al que se puede manejar, sí nos encontraríamos frente a un bien rival en el consumo y, en consecuencia, un bien privado (Texeira, 2010, pág. 657).

Dada la situación actual de la congestión de las cortes (y en particular, del caso peruano), queda claro que el comportamiento del bien de resolución de controversias se está comportando como un bien privado. Así pues, cada caso adicional que se presenta agota el sistema, porque no existe capacidad para resolverlo. Además, como hemos visto en el

Capítulo I, esta situación es una constante en el sistema. De hecho, se ha llegado a afirmar que existe una correlación significativa entre el ingreso de expedientes y los casos resueltos, pues cuando se resuelven más expedientes, se genera el ingreso de nuevos casos porque las cortes cuentan con mayores recursos y crece la demanda (Fisfálen, 2014).

Ahora bien, el enfoque de Texeira está basado en la perspectiva del adjudicador para determinar la rivalidad en el consumo del servicio de justicia; mientras que, la perspectiva de Pasquel y Bayly está en el uso y utilidad que brinda una sentencia para las partes en conflictos. De ahí que estos últimos sostienen que la sentencia al solo importa a las partes en conflicto y se agota en ellas mismas, pues – en principio – no extiende sus efectos más allá de los litigantes.

En mi entendimiento, resulta fundamental tener en cuenta que la resolución concreta de un proceso únicamente interesa a las partes, en la medida que son ellas las que han acudido en búsqueda de la solución para su caso determinado. En consecuencia, solo ellas gozarán de los beneficios de la decisión que se emita. Esto es lógico porque un fallo determinado no tiene utilidad ni vinculatoriedad en otra controversia, sino que se agota en las partes litigantes.

Por ello, como hemos visto en el apartado previo, resulta posible crear sistemas de resolución de conflicto alejados de la esfera estatal, en los que los únicos actores relevantes son las partes. En verdad, se trata de sistemas en los que las partes son dueños de sus mecanismos para resolver controversias. Inclusive, no se requiere de la presencia del Estado para ejecutar las sentencias como en el caso de las asociaciones de diamantes o el Tribunal Arbitral del Deporte, por ejemplo. Por lo tanto, desde mi perspectiva, resulta posible clasificar a la resolución de conflictos como un bien privado desde una óptica económica.

Ahora bien, el segundo tipo de bien que se produce en los órganos judiciales es la emisión de precedentes con alcances generales, en los que bien se puede crear o interpretar el derecho.

Los precedentes al igual que una ley no son rivales en su consumo, pues el hecho de que una determinada persona lo “utilice”, invoque en un caso o lo aplique para negociar una

regla, no implica que otros tantos no lo puedan hacer. Por otro lado, en principio, en un sistema público y transparente que publica las decisiones judiciales, el precedente tampoco presenta características de exclusión. Por ello, se trataría de un bien público en estricto.

Al respecto, Pasque y Bayly han señalado que el precedente presenta rasgos de un bien público, por las siguientes razones:

La predictibilidad, que es la manifestación de la racionalidad de un sistema de justicia, genera grandes beneficios a todos los habitantes de un país, porque crea un clima de confianza institucional que promueve las inversiones, agiliza la solución de conflictos y reduce los costos de transacción en un enorme número de operaciones contractuales y extracontractuales. Estos beneficios, evidentemente, no tienen rivalidad en su consumo. Asimismo, no imaginamos cómo podría excluirse a los no compradores de los beneficios descritos en el párrafo anterior, por lo que es clara la presencia de altos costos de exclusión (Bayly & Pasquel, ¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia rompiendo el mito de la justicia estatal, 2003, pág. 330).

En esa línea, Carrington coincide que, desde el punto de vista de las instituciones públicas, los precedentes constituyen bienes públicos. Inclusive, las cortes no responden a una demanda privada para la emisión de precedentes” (Carrington, 1979, pág. 306). En efecto, los litigantes al iniciar procesos judiciales no buscan que se creen nuevas reglas, porque resultaría menos costoso crearlas directamente.

Inclusive, en procesos internacionales (cualquiera sea su naturaleza) se ha llegado a afirmar que los precedentes y decisiones públicas constituirían un bien público internacional, debido a la transparencia y disponibilidad de las decisiones para cualquier persona (Paine, 2019, págs. 1233-1234). En ese contexto, se sostiene que el bien más importante no es la resolución de casos concretos en un sistema judicial, sino la creación de reglas con alcance general a través de precedentes:

The individual dispute has little importance *per se*, and instead is most important as a basis from which to derive and articulate a general rule which

will create appropriate incentives for future actors to adopt cost-minimizing or benefit-maximizing behaviors. Thus the dispute handling system is essentially a screening, channelling, and signalling mechanism. It attracts or captures high leverage cases, i.e., those with potential for generating new (or refining older) resource allocation incentives; and it handles these cases in such a way as to accumulate accurate information relevant to the resource allocation implications of the case so that an accurate decision or rule can be formulated. The effect is then to send a message to future actors and thereby induce future behavior consistent with efficient resource use in similar situations” (Baruch, 1984, pág. 13).

Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente preguntarnos si es posible generar un mercado privado de precedentes o, cuanto menos, de decisiones con alcance general. Posner y Landes afirman que la producción privada de precedentes traería dos problemas: i) debido a la dificultad de establecer derechos de propiedad sobre los precedentes, los jueces privados no tendrían incentivos en producir precedentes; y, ii) un sistema privado destruiría el valor del sistema de precedentes para guiar y modelar los comportamientos (Posner & Landes, *Adjudication as a Private Good*, 1979, págs. 238-239). Por ello, concluyen que en el arbitraje no se emiten precedentes. Baruch comparte dicha posición al afirmar que:

Arbitration is not a rule-communicating process. That is, even assuming that arbitrators do formulate and utilize given decision rules, these rules are simply not communicated to non-parties in any effective way and therefore cannot readily influence future behavior, thus rendering arbitration incapable of significantly reducing activity/disparity/oppression costs. In the context of private arbitration, it has been noted by recent advocates of arbitration as a substitute for adjudication that this problem is an inherent effect of the incentives operating on a private arbitrator. Indeed, whether arbitration is conceptualized and considered as a privately- or a publicly- administered process, it cannot be expected to have a reducing impact on activity/disparity/oppression costs, comparable in degree to that of adjudication (Baruch, 1984, pág. 60).

El profesor Benson (Benson, Justicia Sin Estado, 2019, pág. 321) no se encuentra de acuerdo con dicha posición, en la medida que durante el desarrollo del derecho mercantil y la *lex mercatoria*, los comerciantes resolvían sus controversias en tribunales o jueces privados, pero sí se beneficiaban con alcance general de las decisiones emitidas. Por eso, “no puede negarse que tanto el derecho mercantil medieval de producción privada como el derecho mercantil internacional han generado un número importante de precedentes significativos. Los comerciantes han internalizado los beneficios de la jurisprudencia y han sostenido conjuntamente su sistema judicial” (Benson, Justicia Sin Estado, 2019, pág. 322).

Tampoco es preciso afirmar que los jueces privados (pensando en la privatización del sistema de justicia en su conjunto) no tendrían incentivos para emitir precedentes porque “un juez que diera reglas y opiniones claras cobraría un precio relativamente alto por contratar con varias organizaciones. Bajo un contrato de este tipo, el juez, en realidad, tendría incentivos para minimizar el número de disputas que van a juicio, haciendo sus reglas claras – esto es, estableciendo precedentes” (Benson, Justicia Sin Estado, 2019, pág. 323).

Además, la experiencia reciente demuestra que existen métodos que facilitan la consolidación de reglas aun cuando las decisiones no son públicas, tales como la publicación de extractos de laudos, comentarios de estos a través de la doctrina e incluso, la consolidación de las mejores prácticas de la industria en contratos modelo. Se ha dicho, por ejemplo, sobre los contratos modelo de construcción que “mediante la creación de estos instrumentos se trata, de una u otra manera, de recoger de manera eficiente las necesidades legales de todas y cada una de las partes involucradas en los proyectos, teniendo en cuenta que esas partes pertenecen, como sucede en la gran mayoría de los casos, a sistemas jurídicos diferentes” (Rodríguez Fernández, 2006, pág. 3).

Las costumbres y prácticas reiteradas en diversos sectores económicos derivados de fallos privados son, en el fondo, un mecanismo similar al precedente. Así las cosas, en el ámbito privado genera también alternativas eficientes para obtener beneficios de la misma manera que ocurre con los precedentes.

En ese contexto, los profesores De Benito y Huerta de Soto son claros en afirmar que, si bien no es posible hablar de un precedente arbitral como los derivados de una corte

suprema o un tribunal judicial público, el arbitraje ha intentado replicar un sistema intermedio:

No estamos diciendo que un laudo vincule como si fuera un precedente de la antigua House of Lords. Nadie sostiene eso. Pero entre el blanco del stare decisis del common law y el negro que sería, por ejemplo, echar una moneda al aire, hay un gris, y éste es el gris de la jurisprudencia arbitral. Jurisprudencia, por supuesto, en sentido amplio: laudos que citan otros laudos como argumento de autoridad para seguirlos, laudos que citan otros laudos para decidir en sentido contrario, como en los laudos sobre estado de necesidad en Argentina. Todos esos laudos serían como puntos que van apareciendo, al principio lentamente sin orden aparente, pero poco a poco más rápido y dibujando una forma, una figura, un patrón reconocible. ¡Eso sí es orden de verdad! (De Benito & Huerta de Soto, 2015, pág. 124).

Los casos argentinos en el CIADI en los que se invocó estado de necesidad son un claro ejemplo de ello, pues “en los casos LG&E y Continental la defensa de la necesidad (como causal de exclusión de ilicitud de la conducta cuestionada) fue aceptada en sede del tribunal; sin embargo, en los casos Enron, Sempra y CMS el estado de necesidad como defensa fue rechazado en distintos grados por el tribunal en cada caso concreto” (García Matamoros & Arévalo, 2017, pág. 486). En esos casos, los tribunales se citaban entre ellos, ya sea para apoyar su posición o para señalar que no estaban de acuerdo, pero lo cierto es que había un intento (no ordenado ni tampoco jerárquico, pero intento) por no dejar de lado las decisiones previas.

En esa misma línea, Cuniberti parte de lo que hemos visto en el caso del arbitraje de inversiones y coincide en la posibilidad de crear precedentes privados:

In the last decade, foreign investment law has offered evidence that tribunal can develop precedents. Foreign investment law is a branch of international law which concentrates on the protection of foreign investment. (...) What has happened is exactly the contrary. Arbitral tribunal deciding foreign investment disputes have developed over the course of a few decades, a consistent body of law, and their award have, in effect, acquired precedential value. This remarkable evolution has now become one of the most debated

subjects in expert circles and is even backed by an empirical study (Cuniberti, 2009, págs. 37-38).

Coincido en que estos argumentos no pretenden negar o desconocer que existen beneficios con la emisión de precedentes, pero también es cierto que, a través de un sistema privado se puede replicar en gran medida la lógica de los precedentes sin graves errores en la asignación de recursos (Benson, Justicia Sin Estado, 2019, pág. 324).

Por lo tanto, queda totalmente descartado que, desde la perspectiva económica, la resolución de conflictos (como bien) y la emisión de precedentes sean bienes públicos porque no cumplen con los requisitos de no exclusión y no rivalidad en el consumo. La justicia vista en su conjunto como un sistema se comporta como un bien complejo.

En ese sentido, los diversos ejemplos descritos de justicia privada y el propio desarrollo del arbitraje moderno dan cuenta de que resulta totalmente posible excluir del uso de la resolución de conflictos. Por lo tanto, la resolución de una controversia en concreto se comporta como un bien privado.

Por su parte, también es posible excluir a las partes en sistemas donde existen precedentes privados; sin embargo, su mayor beneficio estaría en la publicación de reglas. No obstante, no se trata de un bien buscado directamente por los litigantes, sino de una consecuencia de que se deban resolver las controversias.

Lo anterior nos lleva a que ambos bienes responden a incentivos distintos porque su clasificación económica es distinta. Además, la evidencia revisada demuestra que estos pueden ser tratados de manera independiente. De hecho, como veremos a continuación, la decisión de iniciar un proceso responde generalmente a incentivos privados.

### **C. ¿Por qué se inician procesos judiciales?**

En el contexto de la clasificación económica de los bienes, también resulta relevante tomar en consideración cuáles son los intereses o incentivos de las partes para iniciar procesos judiciales. El profesor Shavell sostiene que los incentivos privados para iniciar un proceso están desalineados con el incentivo del óptimo social, principalmente porque:

There is a divergence between the social and the private costs of suit that can lead to a socially excessive level suit. Specifically, when a plaintiff

contemplates bringing suit, he bears only his own costs; he does not take into account the defendant's costs or the state's costs that his suit will engender. Hence, the plaintiff might be led to bring suit when the total costs associated with suit would make that undesirable (Shavell, 2003).

Si bien su reflexión está basada en el sistema norteamericano en el que cada una de las partes cubre sus propios costos, la principal razón por la que Shavell sostiene que los incentivos no están alineados es que las partes tampoco toman en cuenta los costos del Estado (los costos públicos asumidos por los contribuyentes) de acceder al sistema de justicia. Es decir, al tratar el proceso como un bien público de libre acceso y cuyo diseño responde al interés público, se dejan de lado los incentivos privados de cada una de las partes que llevan a que se inicie un proceso.

Otro aspecto relevante en el que se enfoca Shavell es en las expectativas de las partes sobre los resultados del proceso, pues en base a ello se toma la decisión o no de buscar una transacción de manera previa al juicio. Así, lo mínimo que estaría dispuesto a recibir un litigante en una transacción sería la multiplicación de la probabilidad de éxito por el monto esperado, menos los costos de litigar. Por el contrario, el demandado estará dispuesto a invertir en una transacción la probabilidad de éxito que considera que podría tener el demandante por el monto demandado más los costos en los que incurrirá en su defensa en caso tenga que ir a un juicio (Shavell, 2003, pág. 9). En ese sentido, "it is evident that if the plaintiff's minimum acceptable amount is less than the defendant's maximum acceptable amount, a mutually beneficial settlement is possible -- a settlement equal to any amount in between these two figures would be preferable to a trial for each party" (Shavell, 2003).

En línea con lo señalado, Cooter y Ulen explican que la falta de acuerdos ocurre cuando el demandante espera un monto alto en el fallo mientras el demandado espera un monto bajo o, incluso, la ausencia de una condena. Estos autores centran su análisis en la asunción de costos del demandante, frente al valor esperado del resultado de la controversia, para determinar si es racional iniciar o no un proceso judicial:

To file a complaint, the plaintiff must usually hire a lawyer and pay filing fees to the court. Filing a complaint creates a legal claim. To decide whether to initiate a suit, a rational plaintiff compares the cost of the complaint and

the expected value of the legal claim. The expected value of the legal claim (EVC) depends upon what the plaintiff thinks will occur after filing a complaint (Cooter & Ulen, Law and Economics, 2016, pág. 388).

Por su parte, el profesor Priest también explica que la decisión de acceder a la justicia, frente a la posibilidad de celebrar una transacción con la contraparte. Así, el punto de partida que explica es que se iniciará un proceso si el monto mínimo que estaría dispuesto a aceptar el demandante es mayor que el monto máximo que está dispuesto a ofrecer el demandado para llegar a un acuerdo. Sin embargo, a esta fórmula se le debe agregar la posibilidad subjetiva de las partes de obtener un resultado favorable, los costos de litigar y los costos de tener una transacción, así como la propia congestión del sistema (Priest, 1989).

En ese contexto, la probabilidad de que se inicie un juicio aumenta cuando: (i) aumenta la diferencia de probabilidades de un resultado positivo en favor del demandante; y, (ii) los costos de arreglo (transacción) son una gran parte de los costos de litigar. En este punto, Priest sostiene que se debe tomar en cuenta el retraso de las cortes y el valor del dinero en el tiempo (medida a través de la tasa de interés) en la decisión del demandante de iniciar un proceso judicial, pues cuando hay mayor retraso judicial se reduce el valor esperado del proceso, por lo que reduce la probabilidad de que se inicie un proceso. En ese contexto, si se mantienen estables (sin variación) las otras variables, existe una relación inversa entre la congestión y la probabilidad de iniciar un proceso. Por ello, expresamente sostiene que:

**The inverse relationship between trial delay and the expected- value of judgments suggests the existence of a dynamic interactive relationship between changes in the extent of court congestion and changes in the volume of litigation.** As shown in equation (3), the expected duration of delay before trial will affect the expected value of a judgment and, thus, the parties' settlement offers. Changes in delay will change these expected values and correspondingly change the parties' settlement offers. As delay increases, the range of expected judgments declines and differences between litigants settlement demands and offers decline. As a consequence, some set of marginal litigants will become more likely to settle than to litigate their disputes. Conversely, as delay declines, the range of expected judgments

increases, in turn increasing the differences between litigants' settlement demands and offers. Some set of marginal litigants will become relatively less likely to settle and more likely to litigate. Changes in litigation delay, thus, generate offsetting changes in the proportion of cases brought to trial (Priest, 1989, págs. 534-535)

Esta situación crea una especie de círculo vicioso de la congestión, porque a medida que esta disminuye, existe una mayor cantidad de partes que están dispuestas a iniciar un proceso judicial. Sin embargo, cuando la carga judicial es muy elevada, aumentan las probabilidades de que el demandante prefiera una transacción.

En ese contexto, Priest concluye que la aproximación económica al problema de la congestión de las cortes demuestra la razón por la que las reformas basadas en la creación de mayores salas o incrementar el número de jueces fallan. Ello, en la medida que la congestión de las cortes es uno de los componentes que se toma en cuenta al momento de iniciar un proceso, ya que reducir la congestión aumenta el valor esperado de iniciar un proceso (Priest, 1989). En el fondo, existe un punto de equilibrio en la congestión judicial.

Los profesores Posner y Landes también analizaron el problema de la congestión de las cortes y las razones que llevan a los litigantes a iniciar un proceso judicial. Al igual que en el análisis realizado por Priest, ambos autores parten de las expectativas de obtener un resultado favorable en el proceso, por lo que

if the expected gain is less than the expected loss – if defendant expect to lose more than the plaintiff expects to gain – both parties will be eager for settlement. But if the plaintiff's expected gain is greater than defendant's expected loss, the defendant will be unwilling to make an attractive settlement offer and litigation will ensure. The determinants of the expected gains and losses are the subjective probabilities of victory by each of the parties and the stakes to each of them (Posner & Landes, Adjudication as a Private Good, 1979, pág. 259).

Sin embargo, Posner y Landes consideran que estas expectativas también se ven afectadas por la emisión de precedentes judiciales previos, que se encuentren

relacionados a la materia controversia. Por ello, si existen precedentes que apoyen la posición de la parte, se incrementa la probabilidad de ganar el caso (Posner & Landes, *Adjudication as a Private Good*, 1979, págs. 259-260). Posner y Landes van incluso más allá y señalan que:

Thus, by going to trial litigants are gambling not only on whether they will win and if so how large the amount of damages will be **but also on changes in the amount of future damage and avoidance costs brought about by the judgment**. The magnitude of the gamble on future costs **will depend on the importance of the current decision** relative to the existing stock of precedents on the responsiveness of future cost to change in precedents (Posner & Landes, *Adjudication as a Private Good*, 1979, pág. 268).

Por ello, ambos autores señalan que, si bien están formalmente de acuerdo con el análisis de Priest, es un error conceptual no haber tomado en consideración la importancia de los precedentes en la decisión de los litigantes de iniciar un proceso. En ese sentido, sostienen que:

In each period, judges produce efficient and inefficient decisions in the proportions of  $a$  and  $1 - a$  respectively, regardless of the type of cases before them and the degree to which the body of precedent built up from prior cases favors an efficient or inefficient outcome. Thus, the probability that an efficient rule will be announced in a particular case today is independent of how similar cases were decided in earlier periods. Although one case speaks of a body of legal rules in the aggregate, the central feature of a legal system that decides according to rules or precedent is missing from Priest's model: in Priest's model, prior decisions provide no information on the likely outcome of the current dispute (Posner & Landes, *Adjudication as a Private Good*, 1979, págs. 281-282).

Sin embargo, comparto la crítica de Carrington quien afirma que la mayor parte de litigantes civiles o en asuntos de naturaleza privada se encuentran en búsqueda de dinero, por lo que, es insignificante – desde una perspectiva institucional – si el demandante o no está buscando que el sistema jurídico emita una regla jurídica. La razón detrás de ello es que, para las partes, resulta económicamente más provechoso acordar una nueva regla

a través de sus relaciones contractuales, que en lugar de invertir en procesos judiciales (Carrington, 1979, pág. 307), en los que además no tiene certeza sobre el resultado de las decisiones judiciales.

Precisamente, en otro trabajo académico desarrollado por Cooter y Rubinfeld se agrega que la determinación sobre las expectativas de éxito en una determinada controversia dependerá de las leyes relevantes aplicables a un caso, así como las particularidades fácticas que podrían existir (Cooter & Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, 1989, pág. 1073). Esto significa que se tomarán en cuenta los hechos del caso concreto a la luz de las leyes existentes, lo que incluye la emisión de precedentes, pero ello no implica que se persiga la creación de nuevas reglas.

En ese contexto, se debe tener en cuenta que no existen incentivos para llegar a acuerdos extrajudiciales, cuando ambas partes tienen un optimismo sobredimensionado sobre las posibilidades de éxito que podrían tener. Los demandantes esperan un gran monto como compensación; mientras que, los demandados tienen expectativas de que el monto concedido sea ínfimo. De esta forma, el “falso optimismo se ve fomentado en contextos de precariedad institucionalidad (sic) donde existe alta imposibilidad de predecir el resultado del proceso por falta de un cuerpo consistente de precedentes judiciales que generen una seria vinculación” (Reggiardo Saavedra & Liendo Tagle, 2012, pág. 234).

Por su parte, Pasquel y Bayly coinciden con Shavell en que el problema radica en que al no existir costos para acceder al sistema de justicia (ya sea porque es gratuito o porque el costo no es real), los litigantes tienden a aprovechar e internalizar los beneficios. Por ello, aunque activar el sistema de justicia cueste más que el resultado máximo derivado de la demanda, el litigante igual iniciará el proceso porque él no asumirá el costo real (o inclusive costo alguno) por activar el sistema de justicia (Bayly & Pasquel, *¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia rompiendo el mito de la justicia estatal*, 2003, pág. 333).

Por lo tanto, de la reseña doctrinaria efectuada se desprende que existen una serie de incentivos alrededor del proceso civil que son evaluados (directa o indirectamente) por los litigantes al momento de decidir si inician un proceso judicial o no lo hacen. Si bien la mayoría de los autores parten de una evaluación de los costos de litigar frente a los beneficios de una transacción, el análisis no se agota en ese punto, sino que los litigantes

toman en consideración otros factores como la propia demora del sistema y la tasa de retorno que recibirán y también la probabilidad de éxito basados en las decisiones previas. Lo cierto es que, en todos los casos, se trata de incentivos que influyen directamente en las partes, es decir, se trata de una decisión privada de lo que resulta más conveniente para las partes.

**D. ¿Qué sucede cuando se trata como bien público a un bien privado y no se toma en consideración los incentivos relacionados a su uso?**

En esta sección, me planteo la interrogante sobre las consecuencias que se derivan de tratar como un bien público y determinado centralizadamente a un bien que responde a incentivos privados en lo que respecta a la resolución de conflictos y cuyo uso depende de una decisión racional de las partes de lo que resulta más beneficioso.

Desde la perspectiva económica, existen al menos dos consecuencias principales de que se trate como bien público a un bien privado (o que responde a incentivos privados): (i) sobreuso del sistema; y, (ii) no se ofrece el bien o servicio con las características deseadas por las partes o consumidores. Como veremos, en el caso particular de la justicia civil y comercial, la segunda consecuencia también contribuye al aumento de la congestión y sobreuso del sistema, creando un problema circular.

i. Congestión del sistema

Con respecto al sobre uso del sistema, el profesor George Priest explica el problema de la congestión de las cortes de manera muy dinámica, pues en base a lo señalado en el reporte Zeizel hace referencia a los troncos de árboles que recorren por un río. La capacidad del río para hacer circular los árboles es limitada; por lo que, si existen más árboles de los que el río puede resistir y gestionar, este se atascará y el agua dejará de correr (Priest, 1989, pág. 527).

La analogía grafica una realidad. Cualquier piscina se rebalsará si su capacidad de descarga es menor que la cantidad de agua que recibe. Lo mismo sucede con los expedientes judiciales, si entran más expedientes que los que se resuelven anualmente, la carga procesal seguirá en aumento. Situación que además repercute en la demora en la tramitación de expedientes.

Sin embargo, la verdadera y trascendental pregunta detrás de esta analogía es ¿por qué se congestionan las cortes y no es posible obtener justicia célere?

En ese escenario es preciso traer a comentario la reconocida tragedia de los comunes descrita por el profesor Hardin, pues estamos ante un sistema en el que no se toma en consideración los incentivos de cada uno de los individuos para iniciar procesos y se puede acceder libremente al sistema de administración de justicia. Así, al no existir mayores costos para presentar un expediente o caso adicional para que sea resuelto en el Poder Judicial, se generan dos consecuencias: (i) un componente positivo para el litigante, pues todos se encuentran teóricamente en la capacidad de acceder a servicios adicionales; y, (ii) un componente negativo al insertar un expediente adicional, bajo un escenario en el que el litigante no asume ese costo adicional de activar el sistema de justicia para resolver sus controversias (Hardin, 1998).

En el ejemplo del rebaño de Hardin ocurre que “el pastor racional concluye que el único curso sensato que debe seguir es añadir otro animal a su rebaño. Y otro; y otro. Pero esta es la conclusión alcanzada por cada uno de los ganaderos racionales que comparten un bien común. Ahí está la tragedia. Cada hombre está encerrado en un sistema que le obliga a aumentar sus rebaños sin límite - en un mundo que es limitado” (Hardin, 1998, pág. 1244).

Esa misma lógica puede ser replicada a las cortes de justicia, con el objetivo de entender la situación de sobreuso:

For courts are very much like a traditional common in an agricultural community where everyone has the right to graze livestock on the pasturage held in common. Any rational farmer will graze all his sheep or cattle on the common, notwithstanding that if everyone does the same thing the common will degenerate, and everyone’s livestock will suffer from malnutrition (Neely, 1983, pág. 170).

En ese sentido, “any time a good or service is provided free of charge, it is in everyone’s interest to get as much of it as possible since we cannot expect our own forbearance to be followed by everyone else’s” (Neely, 1983, págs. 170-171). Esa es precisamente la

razón que subyace detrás del uso más allá del óptimo<sup>15</sup> del Poder Judicial y conlleva a la sobrecarga y sobre explotación del servicio de administración de justicia.

Los sistemas de libre acceso generan incentivos perversos para aprovechar los recursos, llevando a que los usuarios consuman más allá del punto de eficiencia, en el que los costos de utilizar el sistema no son mayores a los beneficios que reporta.

Así, en base al acceso irrestricto (como bien de libre acceso) se genera un sistema perverso, con un uso más allá del punto de eficiencia. Situación que genera evidentemente (y los números antes vistos así lo respaldan) retrasos en la administración de justicia (Neely, 1983).

Por lo tanto, la estadística recopilada respalda que los incentivos para iniciar un proceso judicial adicional son similares a los que tiene un pastor en el caso de la tragedia de los comunes de Hardin: aumenta la utilidad personal y, al mismo tiempo, disminuye la utilidad de los demás participantes del sistema. Además, todo el proceso está inspirado en el interés público y no – necesariamente – en los intereses del actor principal del proceso, las partes, lo que también repercute en la congestión.

Este acceso irrestricto a la justicia nos lleva a que, debido a la mayor cantidad de expedientes por resolver, disminuye la capacidad de los jueces de resolver los expedientes nuevos que ingresan, con lo que se genera mayor sobrecarga, que satura el sistema. Como hemos visto la tasa de congestión en materia civil es de 1.92 al 2019 y de 2.6 al 2020, es decir, existen más del doble de expedientes de lo que los jueces están en capacidad de resolver. Por lo tanto, existe un uso más allá del óptimo que se asemeja al dilema de la Tragedia de los Comunes.

Este problema de la congestión de las cortes no es solo local, es decir, no se trata de un mal manejo administrativo o de política jurisdiccional local<sup>16</sup>, sino que es una situación que se repite en distintas latitudes. Así, por ejemplo, se expone los casos de Bolivia,

---

<sup>15</sup> En este punto, el término óptimo no hace referencia a ninguna teoría económica en particular (Pareto o su evolución en kaldor-Hicks), sino que se refería a tener una cantidad de casos determinada de tal manera que no se generen retrasos o congestión en la administración de conflictos.

<sup>16</sup> Si bien no descartamos que podrían existir aspectos de mejoras en la administración del Poder Judicial y en la política jurisdiccional, no es objeto de esta tesis abordar dichos asuntos de estudio. Por lo demás, como se verá más adelante, la gran mayoría de reformas en esos aspectos no ha tenido la capacidad de generar mejoras sustanciales en la congestión de las cortes y las demoras a las que ello conlleva en la resolución de conflictos.

Argentina y Ecuador (que tratar a sus cortes civiles como bienes de libre acceso) en los que también resalta el exceso de tiempo que toma en la realidad la tramitación de un proceso judicial:

Time-flow study conducted in the civil courts of La Paz, Bolivia, shows that the average duration of a collection procedure was ten times longer than originally envisaged under the Civil Procedure Code (519 days vs. 42 days). According to the same study, an ordinary procedure lasted a total of 2,616 days, or 7.2 years. An indication of the high level of frustration of Bolivian claimants seeking to enforce legal rights through the judiciary is the fact that only a very small percentage of the judicial procedures initiated ever reach a final judicial decision. The same types of results arise in similar studies from Ecuador and Argentina (García Sáez, 1998, pág. 1295).

Como se puede apreciar, se trata de una situación sustancialmente similar a la descrita en el apartado anterior sobre la demora en la resolución de procesos de naturaleza civil en el Perú. Los plazos previstos legalmente son largamente excedidos. Esta situación se produce porque existe un uso más allá del óptimo del recurso administración de justicia, debido – entre otros – a la posibilidad de acceder libremente (Priest, 1989).

Por lo tanto, resulta posible concluir que:

Al proveerse este tipo de justicia como si fuera un bien público, se produce un resultado socialmente dañino: si los litigantes no pagan la totalidad de costos asociados a ese bien, su tasa de bienestar asociada al litigio se acrecienta. **Los sujetos tenderán, entonces, a litigar, incluso más allá de aquello que resultaría eficiente desde el punto de vista del bienestar social** (Correa , Peña, & Vargas, 1999, pág. 31) (énfasis agregado)

Por lo tanto, tratar a la justicia como un bien de libre acceso genera necesariamente una situación de sobreuso y congestión en el uso del sistema.

- ii. El bien no responde a las necesidades del consumidor

Cuando un bien o servicio es determinado y producido de forma centralizada sin determinar las necesidades, deseos o preferencias del consumidor. Se tiende a generar

una incongruencia entre lo producido (oferta) y lo que busca el mercado (demanda). Esto porque se le quita al consumidor toda posibilidad de influir en el bien que finalmente él consumirá.

Con relación a que un bien o servicio no posee las características adecuadas para las necesidades del consumidor, el profesor Bullard lo explica con un ejemplo básico de la compra de un televisor. Si yo compro un televisor (un bien claramente privado), únicamente a mí me podrían interesar sus características, “si se ve bien o mal, si el sonido es adecuado o no, ello depende de mi decisión de compra y del cumplimiento de obligaciones del proveedor. Mi vecino (salvo que lo invite a ver televisión o que no soporte el ruido de un volumen alto) es indiferente a qué televisor me compre” (Bullard, *Comprando justicia: ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?*, 2007, págs. 73-74). Asimismo, también debe resultar indiferente para el vecino las características que decida que son mejores para mí, pues los beneficios o perjuicios solo recaerán en el dueño del televisor.

La lógica es la misma a la que se produce detrás del proceso de insolvencia, en la medida que “el Estado no tiene los incentivos adecuados para tomar las decisiones de negocio correctas, pues no gana por una decisión correcta, así como tampoco pierde por una decisión incorrecta. Como el Estado no se ve afectado por las decisiones que tome, hay el riesgo de que tome la decisión incorrecta” (Ezcurra Rivero, *Privaticemos la insolvencia*, Ius et Verita, pág. 203).

Sucede exactamente lo mismo con el diseño del sistema de justicia civil y comercial. Los beneficios y perjuicios derivados de su diseño no son internalizados por el legislador, pues no tiene ninguna intervención en el proceso civil y comercial más allá de ser el creador de las reglas de juego. El Estado decide de qué forma se juega el partido (normas procedimentales) y con qué árbitros (jueces), pero no conoce de qué juego se trata ni cuál es la fórmula más adecuada para satisfacer el interés de quienes sí participan, las partes de un proceso. Se arrebató todo poder de decisión de las partes.

Así, por ejemplo, los profesores Cooter y Rubinfeld analizan las diferencias que se producen en las reglas de exhibición de documentos en los procesos judiciales frente a los procesos privados y los costos que ello implica en la resolución de la controversia:

A central normative issue in discussions of legal procedure is balancing the cost of additional information against the benefit of reducing court errors. There is reason to wonder whether disputants value cumbersome procedural rules designed to produce accuracy as highly as do courts. Private systems of dispute resolution in which the parties choose their own rules, such as Visa corporation's system of arbitration among member banks, typically employ far cheaper procedures than those adopted by public courts. Random inaccuracies are not too serious when the stakes are small relative to the disputants' wealth (Cooter & Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, 1989, pág. 1088)

Evidentemente, una u otra regla traerá como consecuencia mayores o menores asunciones de costos, así como impactos en la duración del proceso. Una etapa de exhibición de documentos extensa que podría dotar al juzgador con más evidencia para tomar una decisión adecuada puede resultar altamente costosa y extensa. Sin embargo, son los litigantes (como en el caso de Visa) quienes están en mejor posición que el legislador para decidir en qué extremo deben fijar las reglas. Por ello, los mismos autores agregan que:

The amount that the plaintiff expects to win is determined, not by the merits of the case alone, **but also by the efforts the parties devote to winning**. The efforts of the parties can be measured by the expenditures on the trial.

[...] the parties to the dispute usually know more than the court about crucial facts, and transmitting the information to the court is costly (Cooter & Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, 1989, págs. 1071-1072).

En ese contexto, si el diseño del sistema de justicia no responde a los intereses e incentivos adecuados para cada una de las partes en controversia, se generarán mayores costos y se tendrá que invertir mayor tiempo en resolver una controversia que el eficiente.

Así, cuando un juez no tiene experiencia en una determinada materia en controversia, su decisión tomará más tiempo en ser emitida pues debe invertir tiempo en capacitarse sobre una materia desconocida. Además, la falta de conocimiento puede derivar en la falta de

predictibilidad del resultado de una controversia (lo que influye en las expectativas de las partes para iniciar o no un proceso) y a criterio de Reggiardo y Liendo en el Perú es una de las causas de la litigiosidad (2012).

Las partes no tienen ninguna influencia en la oferta (cantidad y calidad de jueces) ni tampoco en la forma (reglas procesales imperativas) en las que se brinda el bien y servicio.

A su vez, estas ineficiencias distorsionan el valor de los procesos y alteran el valor esperado para un litigante. Todo ello, evidentemente, repercute en la decisión racional de un individuo de decidir iniciar o no un proceso civil.

Inclusive, desde la doctrina procesal se reconoce que “es común la carencia de un desarrollo eficiente del proceso, debido a la pérdida de tiempo en asuntos marginales y a la falta de concentración en el problema jurídico central que involucra a las partes en conflicto”, lo que sin duda impacta en la congestión del Poder Judicial (Londoño Jaramillo, 2008, pág. 410). Además, se agrega que “en lo que respecta a la utilización de mecanismos procesales inadecuados, insuficientes o revestidos de excesivo formalismo, se presentan una variedad de factores que generan el mismo efecto, un retraso en la respuesta a la demanda de justicia [...]” (2008, pág. 403).

Por lo tanto, en la medida que el diseño del sistema de justicia y la selección de jueces responden a incentivos de interés público determinados por el Estado y no de un bien privado, se generan distorsiones. Estas, en la gran mayoría de los casos llegan a repercutir en el incremento de la congestión y sobrecarga del sistema de justicia. Es decir, la congestión también se produce porque los intereses no están adecuadamente alineados, ya que los procesos no responden a las necesidades concretas de justicia que necesitan las partes, al tratarse de procesos estandarizados, más allá de la discusión sustantiva de fondo que pudiera existir, las reglas procedimentales son iguales.

**IV. CAPÍTULO III**  
**PROPUESTAS DE REFORMA PARA INTRODUCIR INCENTIVOS**  
**PRIVADOS EN EL DISEÑO DEL SERVICIO DE JUSTICIA CIVIL Y**  
**COMERCIAL**

En esta sección demostraremos que el diseño del sistema de justicia civil y comercial debe responder a incentivos privados para reducir la congestión y sobreuso del sistema.

Para ello, analizaremos de manera específica 3 propuestas de reforma que permitirán introducir incentivos privados en el sistema de justicia civil y comercial, para hacer frente al uso excesivo y abusivo del Poder Judicial: (i) los litigantes deben elegir a sus jueces; (ii) los litigantes deben poder acordar las reglas de procedimiento aplicables; y, (iii) los litigantes deben asumir los costos de los procesos.

#### **A. El diseño del sistema de justicia debe responder a incentivos privados para reducir la congestión**

Para afrontar el problema de la congestión de las cortes resulta indispensable alinear los intereses que determinan el inicio de procesos, la naturaleza predominantemente privada de la solución de controversias (desde el punto de vista económico), con el diseño de proceso civil y comercial. Ello en la medida que, como hemos visto en el Capítulo I, el sistema de justicia se trata como un bien absolutamente público y de libre acceso, cuando en realidad se trata de un bien que es predominantemente privado (salvo en la emisión de precedentes) y que el inicio de procesos judiciales responde a intereses privados de las partes. Es decir, los intereses entre las partes y el diseño del sistema no se encuentran alineados.

Como hemos visto con los ejemplos previamente abordados, los mercados privados (sin intervención estatal) de resolución de conflictos son posibles y, por ejemplo, el gran desarrollo de los arbitrajes comerciales así lo demuestra.

En ese contexto, la primera interrogante que nos debemos plantear es si el diseño del sistema debe ser privado o una situación intermedia con el sistema público. De acuerdo con Saavedra elegir la mejor alternativa (si una privada o una pública) depende de varios factores “tales como el alcance de los sujetos afectados por la externalidad (si el número es bajo resulta probable un acuerdo, favoreciendo la salida privada), los costos de transacción (a más baja su cuantía mayor probabilidad de arribar a una salida privada)” (Saavedra, 2014, pág. 268).

En primer lugar, analizaremos si la alternativa privada es la solución adecuada para alinear los intereses de las partes y el diseño del sistema, a fin de reducir la congestión y sobreuso que existe actualmente. Veamos.

En este caso en concreto y según veíamos anteriormente la resolución de controversias como servicio es predominantemente privado porque es excluyente y rival en el consumo (más aún en un sistema congestionado pues el juez no puede atender casos adicionales). No obstante, la situación relacionada a la emisión de precedentes con alcance generalizado no es similar. Si bien existen alternativas privadas a fin de lograr estandarización en ciertos mercados como en la industria de los diamantes (como un intento de obtener beneficios similares al sistema del precedente), a través de un sistema privado se estaría dejando de lado una de las externalidades positivas derivadas de la administración de justicia, que difícilmente podría replicarse tan claramente en un mercado privado como argumentan Posner y Landes (*Adjudication as a Private Good*, 1979).

Como hemos visto y venimos sosteniendo, las partes inician procesos judiciales en base a incentivos privados, lo que lleva a algunos estudiosos como Benson a señalar que no es necesaria la participación estatal en la administración de justicia. Esta lógica parte del hecho de que las partes inician procesos judiciales principalmente motivadas por la resolución de su caso concreto, es decir, un interés privado:

It is safe to say that most parties initiating litigation are motivated principally by the remedies available to them, however, and not by the resulting vindication of legal obligations more generally (Croley, 2017, págs. 29-30).

Quienes defienden un sistema privado, sostienen que existen una serie de ventajas de la resolución privada de conflictos frente a la pública, principalmente basada en la competencia y la voluntad de las partes, que permitirán encontrar el punto de equilibrio. Ello significa que por medio de la alternativa privada se podrá reducir la congestión existente.

Precisamente, desde la perspectiva de Demsetz, una de las características y ventajas de la propiedad privada (o, en este caso, de privatizar un servicio) es que permite guiar los incentivos para una mejor internalización de externalidades. Todos los costos y

beneficios asociados con una interdependencia social es una potencial externalidad. De esa forma, para que se produzca una transacción (o el uso de un servicio) los costos de la transacción deben ser menores que los beneficios internalizados (Demsetz, 2001, pág. 348).

De los beneficios de la propiedad privada se ha hablado en extenso. Por ejemplo, el caso de la conservación y no extinción de las vicuñas, en el Perú. La diferencia entre las vacas (que no están en peligro de extinción) y las vicuñas (que sí lo estaban) es que sobre las primeras existían derechos de propiedad privada. A raíz de ello, el dueño de un establo puede tomar las decisiones racionales que considere adecuadas sobre cómo comercializar sus productos, evitando su extinción, pero garantizando su aprovechamiento económico, en la medida que tiene incentivos para invertir porque él mismo obtendrá los beneficios (Bayly & Pasquel, *Privaticemos las vicuñas/ Cómo eliminar el peligro de extinción y aprovechar su potencial económico*, 2006, pág. 76).

De igual manera, resalta el caso de la extinción del elefante africano en Zimbabue, en el que el gobierno decidió subastar los rebaños de elefantes de manera previa a su extinción, pues mientras fueron tratados como un bien común, la caza furtiva y el sobreconsumo lo estaban llevando a la extinción. A raíz del cuidado privado de estos animales, en el que cada uno de los compradores se hizo cargo de los rebaños, el elefante africano se salvó de la extinción (Gherssi, 2011).

De esta forma, en un sistema totalmente privado de resolución de controversias, la cantidad demandada y la cantidad ofrecida podrían encontrarse en equilibrio a través de un sistema de precios. Existirían árbitros o jueces privados que compitan entre ellos por ser designados y la duración de cada proceso dependería de las reglas que pacten las partes (Posner & Landes, *Adjudication as a Private Good*, 1979). Es decir, un sistema privado permitiría reducir la congestión, pero se perderían gran parte de los beneficios sociales derivados de los precedentes con alcance general. Si bien se podrían crear asociaciones que se obliguen a respetar las decisiones entre ellos y compartirlas públicamente, su alcance estaría limitado a sus miembros y no de manera general. Los profesores Landes y Posner sostienen que esto último nos llevaría a una situación ineficiente:

Precedents provide information not only on the expected outcome of the current dispute between A and B but also on the likely outcome of the current disputes in the future. **This information will in turn affect the allocation of resources across activities.** For example, the likely assignment of liability for accident losses in activity *j* (assuming that transaction costs prohibit negotiation between the parties prior to the accident) will affect an individual's decision whether or not to participate in the activity, the level of his participation, the amount of resources he will allocate to reducing the likelihood and size of damages given participation, and finally, the number of accidents. *S*, the present value of the sum of future damages and the avoidance of liability in *j*. These expectations, in turn, depend on the stock of precedents (Posner & Landes, *Adjudication as a Private Good*, 1979, pág. 264).

De hecho, como evidencia en contra de la eliminación de la intervención estatal en todos sus extremos es necesario recordar lo que sucedió en Bélgica a raíz de la eliminación del recurso de anulación contra laudos arbitrales internacionales. En marzo de 1985, se modificó la ley de arbitraje belga con el objetivo de eliminar la posibilidad de llevar a anulación un laudo que ponía fin a controversias en las que ninguna de las partes tenía nacionalidad belga, era residente o una persona jurídica cuya sede central o de operaciones se encuentre en Bélgica. La reforma perseguía dos objetivos primordiales: (i) reducir el número de casos interpuestos innecesariamente ante el Poder Judicial; e, (ii) incrementar el atractivo de Bélgica como sede de arbitrajes internacionales (Nelissen Grade, 1986, pág. 35).

No obstante, en la práctica esta ley tuvo un efecto inverso o “*boomerang*”, en la medida que desincentivó a las partes a elegir como sede de su arbitraje internacional a Bélgica. Las partes tenían “miedo a encontrarse sin la posibilidad de algún recurso contra un laudo contaminado por una falta grave” (Gharavi & Liebscher, 2002, pág. 27), a pesar de que ellas mismas habían sido quienes pactaron el arbitraje y nombraron a los árbitros según su acuerdo.

Así pues, una alternativa que sugiera la desaparición del Poder Judicial no solo podría generar rechazo en términos políticos (véase la tesis de Owen Fiss (*Against Settlement*, 1984)), sino que podría generar efectos psicológicos de inseguridad entre los litigantes sobre el nuevo sistema privado absoluto sobre el que no tienen confianza ni experiencia.

A ello se le debe agregar los costos de búsqueda y transacción que se generarían en implementar un sistema espontáneo y completamente privado, para agentes inexpertos en la materia.

Ahora bien, también se han planteado tesis intermedias como la del profesor Cuniberti quien sostiene que el arbitraje comercial debe ser la regla default (por defecto o predeterminada legalmente) para resolver controversias de carácter comercial internacional. Sin embargo, él también admite que en su propuesta no resultaría necesaria la eliminación del Poder Judicial por los beneficios con alcance general que reporta; sin embargo:

**They would handle fewer cases but no necessarily so few that they would lose the possibility to continue to develop the law.** Indeed, it is unclear whether they handle many now. If the claim that arbitration is already widely used to settle international commercial disputes is true, it may be that the model would not change much in this respect. Moreover, there might be reasons to limit the scope of the model even within commercial law (Cuniberti, 2009) (Énfasis agregado)

En ese contexto, por ejemplo, Pasquel y Bayly sostienen que, si la resolución de un caso concreto es un bien privado, la existencia de los precedentes justifica que se mantenga la estructura del Poder Judicial en lo que se refiere a la Corte Suprema. Específicamente, esta “sería un órgano financiado y administrado por el Estado por dos razones. En primer lugar, para generar el bien público que anteriormente denominamos predictibilidad de las resoluciones. En segundo lugar, porque para garantizar la separación de poderes y la vigencia del Estado de Derecho es necesario que el gobierno nos dé en concesión este servicio” (Bayly & Pasquel, ¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia rompiendo el mito de la justicia estatal, 2003, pág. 330).

Comparto la visión según la cual es posible separar la solución de controversias de la emisión de precedentes como explican Bayly y Pasquel. Esta alternativa permite que cada bien que se produce de la administración de justicia (resolución de conflictos vs. precedentes) respondan a los incentivos propios de su naturaleza económica.

Por lo tanto, considero que es adecuado y razonable mantener la existencia del Poder Judicial. Sin perjuicio de ello, atendiendo a la naturaleza privada de la resolución de conflictos concretos, así como a los incentivos privados que llevan a las partes a iniciar un proceso, pero reconociendo la importancia de los precedentes y los costos de búsqueda de la desaparición del Poder Judicial, el diseño del sistema debe introducir incentivos privados, de manera que se evite el sobre uso del servicio y se reconozca que la resolución de conflictos (diferenciada de la emisión de precedentes) pertenece a las partes en controversia.

En ese contexto, en las siguientes secciones abordaremos tres propuestas concretas de reforma que introducen incentivos privados en el diseño del sistema de administración de justicia civil y comercial, específicamente en el aspecto de resolución de conflictos en primera instancia, que tienen como objetivo reducir la congestión del Poder Judicial.

## **B. Los litigantes deben elegir a sus jueces**

En este caso partiremos por analizar los incentivos a los que responden los jueces actualmente designados bajo el sistema estatal. Posteriormente, analizaremos ejemplos de designación privada de los jueces a fin de extraer los incentivos a los que responden. Finalmente, demostraremos que la designación de los jueces de manera directa por las partes permitirá alinear los intereses para reducir la congestión en el proceso civil y comercial.

- i. ¿A qué incentivos responden los jueces para resolver controversias expeditivamente?

Como hemos visto en el Capítulo I, la selección de jueces en materia civil y comercial sigue un procedimiento inspirado en el interés público y dirigido por el Estado, con el objetivo de designar a un juez totalmente alejado de las partes en controversia en un proceso civil. Es decir, se trata de un proceso sin la participación de los actores clave.

Inclusive, se ha criticado de manera general los mecanismos de selección de jueces en Latinoamérica en base a que ni siquiera existe participación de la sociedad (menos aún de manera directa a las partes en conflicto):

the selection process assigns no role to society in the form of a direct electoral process or in the participation of intermediate social organizations having a special interest in the administration of justice. The selection systems prevalent in Latin America alternate between autocratic schemes, which have very low accountability, to exogenous forces and politicized schemes, which are highly vulnerable to partisan politics (García Sáez, 1998, págs. 1291-1292).

De ahí que resulte pertinente cuestionarse a qué incentivos responden o deberían responder los jueces civiles y comerciales designados por la Junta Nacional de Justicia. De manera general y ante la misma interrogante, Pasquel y Bayly sostiene que los jueces tienen los peores incentivos porque no asumen las consecuencias de sus conductas:

¿Qué incentivos tienen los funcionarios públicos, como los jueces o la burocracia judicial? Pues los peores. Las consecuencias de sus actos, ya sean positivas o negativas, no son asumidas por ellos. Si no brindan un buen servicio, los afectados serán las partes, pues ellos seguirán recibiendo su sueldo por parte del Estado. Este mismo salario es el que recibirán si hacen un excelente trabajo, con lo cual no tienen incentivos para elevar su calidad. Esta situación se complica si tenemos en cuenta que el Estado peruano no tiene los recursos necesarios para crear un sistema adecuado de incentivos, ni un sistema de contraloría eficiente para sancionar a los ineficientes (Bayly & Pasquel, ¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia rompiendo el mito de la justicia estatal, 2003, pág. 333)

Los profesores Correa, Peña y Vargas sostienen que los procedimientos de selección y las garantías jurídicas a las que deben estar asociados generan que se apliquen procedimientos tediosos pensados en función del caso complejo y excepcional, no en la necesidad concreta de las partes (Correa , Peña, & Vargas, 1999, pág. 32). Así, la designación del juez no responde a las necesidades del caso concreto, sino que, por el contrario, obedece a una fórmula general y abstracta aplicada a todos los casos.

Lo anterior conlleva a que los jueces se encuentren alejados de la realidad del caso concreto por resolver y más cercanos a sus propias convicciones. Como bien señala Pásara los jueces tienden a limitar su responsabilidad a través de fórmulas genéricas

alejadas de la realidad: “la reducción al caso individual y la consiguiente inacción respecto de la problemática social corresponden, en los aparatos de justicia, a un problema mayor: la cultura jurídica institucional relega la realidad a un lugar muy secundario” (Pásara, 2014, pág. 101).

Además, ese alejamiento de la realidad también genera que los jueces no necesariamente cuenten con conocimiento especializado relevante para resolver de manera expedita las controversias a su cargo. Como señalan Cooter y Ulen, “the English judges often did not know enough about these specialized businesses to evaluate alternative rules” (Cooter & Ulen, *Law and Economics*, 2016, pág. 415). Ello trae como consecuencia que tengan que invertir mayores recursos y tiempo en el conocimiento de la controversia, a diferencia de alguien especializado.

Ello, a pesar de que la propia doctrina procesal reconoce la relevancia de la especialización para reducir los costos judiciales:

La ventaja fundamental de la **especialización judicial es que reduce los costes marginales de la resolución de casos**, lo que potencialmente permite acortar la duración de los procedimientos e incrementar la cantidad, la calidad y el acierto de las decisiones adoptadas. Además, tiende a aumentar la coherencia interna y la uniformidad de la jurisprudencia emanada por los órganos jurisdiccionales especializados (Domenech & Mora-Sanguinetti, 2015, pág. 28)

Por eso, se ha creado lo que la Defensoría del Pueblo denomina como una “cultura organizacional del formalismo excesivo” (Defensoría del Pueblo del Perú, 2006, pág. 110) para resolver controversias, pues no se conocen las realidades específicas de los negocios concretos sometidos a controversia y se tiende a utilizar la alternativa formalista de alguna norma general y más allá de las prácticas e interpretaciones en el sector económico específico sobre el que versa la controversia.

De hecho, no cabe duda de que las malas decisiones judiciales provenientes de jueces no especializados también aumentan la congestión, porque reducen la predictibilidad (Reggiardo Saavedra & Liendo Tagle, 2012, págs. 223-224).

A todo lo señalado anteriormente se le debe agregar, como sostiene Cooter que los jueces “responden a valores que se encuentran fuera de los confines de la Ley” (Cooter, ¿Hacen las buenas leyes buenos ciudadanos? Un análisis económico de las normas internalizadas, 2000, pág. 333). De hecho, Posner coincide al señalar que “no one can ignore all his prior in making a decision” (Posner, How Judges Think, 2010, pág. 69). Sin embargo, dado el mecanismo de selección de los jueces centralizado y realizado por el Estado, las partes de un proceso civil o comercial no cuentan con mecanismos para hacer frente a las convicciones previas de los jueces que les “tocan”.

En conclusión, el mecanismo de selección de jueces en el Perú está lejos de tomar en consideración los intereses privados de las partes para que resuelvan su caso concreto de manera expeditiva. Además, dado el mecanismo de selección, los jueces podrían enfrentar problemas de falta de especialización y conocimiento de las necesidades comerciales específicas de los litigantes. Todo lo anterior únicamente contribuye a aumentar la congestión de las cortes porque los jueces tomarán una mayor cantidad de tiempo en resolver una controversia sobre un asunto que desconocen.

## ii. Antecedentes de la selección privada de jueces

En este apartado analizaremos mecanismos de solución de controversias en los que las partes se encuentran autorizadas a seleccionar de manera directa a los encargados de resolver las controversias.

### a. La selección de árbitros

El arbitraje ha planteado como una de sus principales características que sean las propias partes quienes puedan establecer el mecanismo o procedimiento de selección de los árbitros.

De hecho, el artículo de la CNY (V.1.d) establece que es posible denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo si “la constitución del tribunal arbitral [...] no se ha [...] ajustado al acuerdo celebrado entre las partes”. Como sostiene Van den Berg, la irregularidad es determinada por el acuerdo de las partes en sí mismo, lo que demuestra su facultad en la determinación del procedimiento de selección de árbitros en un tratado internacional ampliamente acogido (Van den Berg, 1981, págs. 324-325).

Esta regulación también se ha contemplado en la Ley Modelo CNUDMI<sup>17</sup>, así como en numerosas legislaciones nacionales de arbitraje doméstico y más aún en arbitraje internacional (Born, 2021, págs. 251-254). Incluyendo la ley peruana de arbitraje (Decreto Legislativo 1071, 2008).

En ese contexto de libertad de regulación del procedimiento de selección de árbitros, el profesor Alexis Mourre ha señalado que el arbitraje ofrece una amplia variedad de fórmulas para la selección de árbitros:

Parties can retain full control over the arbitration by opting for ad hoc arbitration. They can also choose rules that allow them to appoint the arbitrators while some degree of control by the institution. [...] Each institution has its own specificities, and is very much keen to maintain these differences as a means of identifying itself on a highly competitive market. Why should those differences disappear? This variety of offers is an advantage to the consumers of arbitration, provided they are well advised.

**The market will ultimately select the most efficient system** (Mourre, 2010)

Entre las principales ventajas que podemos observar es que ello permite que los árbitros sean agentes especializados capaces de entender las controversias técnicas de las partes. Así hoy en día, existen árbitros especializados en distintas materias como, por ejemplo, construcción, derecho societario, ingeniería, tecnología, entre otros (Queen Mary University; White & Case, 2022)<sup>18</sup>. De ello, además, se deriva que la selección del juzgador permite a las partes obtener la justicia que se ajusta a sus necesidades, ya que las partes pueden ser fácilmente comprendidas por los árbitros, como señala el profesor Benson:

Private arbitration appears to be an attractive substitute for litigation, in part because **arbitrators can be selected on the basis of their expertise in matters pertinent to specific disputes**, as noted above. Government judges need have no such expertise, so arbitration reduces uncertainty associated

---

<sup>17</sup> Ley Modelo CNUDMI, artículo 36 (2006).

<sup>18</sup> Específicamente, el reporte señala que: “A number of interviewees also highlighted the popularity of ad hoc arbitration for resolving disputes in sectors such as the maritime industry and commodity markets. As one interviewee specializing in maritime disputes explained, parties want ‘a dispute resolution mechanism that was developed by their sector, for their sector, and conducted by practitioners from their sector’”.

with judicial error and/or bias. This specialization also means that arbitration can be accomplished faster, less formally, and often with less expense than litigation because the parties do not have to provide as much information to the arbitrator as they would to a judge/jury (Benson, Arbitration, 1999, pág. 164).

Esta situación además genera una sensación de cercanía y proximidad de las partes con el proceso, que repercute en la confianza de las partes en el proceso en su conjunto. Así, las partes tienen la impresión de que controlan el arbitraje, lo que marca una diferencia sustancial con el proceso judicial. Las partes pueden confiar en los árbitros que ellas mismas han seleccionado, en lugar de un sistema colectivo en el que no tienen ninguna injerencia y su juez viene por elección externa (Mourre, 2010).

En consecuencia, no será difícil imaginar lo que ocurre en la realidad del arbitraje. Esto es que existe una competencia – en términos económicos – entre los árbitros a fin de distinguirse entre ellos con la finalidad de conseguir un mercado que esté dispuesto a nombrarlos. Es decir, negociantes o comerciantes dispuestos a nombrarlos:

Los negocios necesitan un orden en movimiento y, por tanto, requieren que ese orden tenga capacidad de respuesta al día a día. Ello significa leyes, contratos y juzgadores más flexibles. Pero, a su vez, no quiere un caos anárquico en el que no hay reglas. **La competencia entre árbitros asegura un mejor resultado que el monopolio estatal para lograr ese fin** (Bullard, Comprando justicia: ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?, 2007, pág. 86).

Quizá, el mejor ejemplo de que la selección de árbitros genera un mercado competitivo es que año tras año reconocidas empresas a nivel mundial publiquen los rankings de los mejores árbitros de cada país<sup>19</sup>.

Por lo tanto, la selección de árbitros en el arbitraje es un incentivo perfecto para que se cree un mercado competitivo entre árbitros especialistas, que están en capacidad de brindar a las partes el proceso de solución de controversias que necesitan. Por todas estas características, coincido con el profesor Bullard en que “el árbitro [puede] definir· el

---

<sup>19</sup> Ver: Chambers & Partner, Legal 500, Leaders League, Best Lawyers, entre otros.

problema más rápido y de manera más efectiva y especializada que un sistema judicial recargado y saturado de procesos” (Bullard, Comprando justicia: ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?, 2007, pág. 72).

b. Antecedentes de la selección de jueces por las propias partes

En esta sección repasaremos algunos antecedentes de jurisdicciones que permiten a las partes designar jueces privados en ciertos supuestos.

*Primero*, el profesor Benson comenta los antecedentes de regulación en California que permitía a las partes designar a un juez retirado para que actúe como una especie de juez privado para resolver una controversia:

En 1976, dos abogados de California descubrieron una ley de 1972 que reconocía a los litigantes el derecho a un juicio completo presidido por un árbitro de su elección. En aquella época había en California una lista de 70.000 casos pendientes, con una demora media de 50 meses y medio. Los dos abogados, que deseaban resolver con rapidez un caso complicado, **buscaron a un juez jubilado con experiencia en la materia del caso, le pagaron los honorarios de un abogado, y de este modo ahorraron a sus clientes una enorme cantidad de tiempo y dinero** (Benson, Justicia Sin Estado, 2019, págs. 258-259).

Posteriormente, el *State Bar* de California ratificó dicha regulación a raíz de su uso reiterado por varios litigantes. Esa situación ha conllevado a que se desarrollen firmas de jueces privados como JAMS - *Judicial Arbitration & Mediation Services, Inc.*, que se encarga de atender casos en ambientes privados (Solum, *Alternative Court Structures In The Of The Future California Judiciary: 2020 Vision*, 1993, pág. 2140). Además, se han creado otras firmas de jueces retirados en Philadelphia y San Francisco, así como *freelance*. La razón de la popularidad y éxito de esta figura se debe principalmente a la demora del sistema judicial en las grandes ciudades como en Los Ángeles, así como la falta de habilidad de las cortes de responder a las demandas y la necesidad de ahorrar tiempo y dinero (Hasan, 2019, pág. 9).

Actualmente, en California existe regulación específica con relación a la selección de *referees* de manera directa y acordada entre las partes, para resolver controversias que

estarían sometidas al Poder Judicial. El sistema funciona de manera muy similar a la regulación arbitral; sin embargo, posee algunas particularidades que conviene ser destacadas.

En primer lugar, su ámbito de aplicación está delimitado por los supuestos establecidos expresamente en la sección 638 del capítulo 6 del Título 8 de la Parte 2 del Código Procesal Civil de California:

A referee may be appointed upon the agreement of the parties filed with the clerk, or judge, or entered in the minutes, or upon the motion of a party to a written contract or lease that provides that any controversy arising therefrom shall be heard by a referee if the court finds a reference agreement exists between the parties:

(a) To hear and determine any or all of the issues in an action or proceeding, whether of fact or of law, and to report a statement of decision.

(b) To ascertain a fact necessary to enable the court to determine an action or proceeding.

(c) In any matter in which a referee is appointed pursuant to this section, a copy of the order shall be forwarded to the office of the presiding judge. The Judicial Council shall, by rule, collect information on the use of these referees. The Judicial Council shall also collect information on fees paid by the parties for the use of referees to the extent that information regarding those fees is reported to the court. The Judicial Council shall report thereon to the Legislature by July 1, 2003. This subdivision shall become inoperative on January 1, 2004.

Por otro lado, la sección 641 dispone causales específicas según las cuales se puede objetar el nombramiento de un *referee*, basados principalmente en las calificaciones personales, relaciones con las partes (falta de independencia o imparcialidad), haber participado en un proceso previo entre las mismas partes como jurado o testigo, entre otros<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Capítulo 6 del Título 8 de la Parte 2 del Código Procesal Civil de California.

Por su parte, el 645.1 dispone que los honorarios son pagados según lo acordado por las partes. Si no existe un acuerdo, se puede remitir a la corte, quien ordenará el pago según lo dispuesto en la Sección 1023 de manera justa y razonable<sup>21</sup>. Es decir, a pesar que las partes pueden contar con la posibilidad de seleccionar a su *referee*, existen un conjunto de reglas que deben respetar.

Sobre el particular, Nagaraj destaca las diferencias entre dicho sistema de jueces privados y los árbitros:

While many authors use "arbitrator" and "private judge" interchangeably, I draw on the important distinctions between the two under California law. First, private judges must be members of the state bar, while there are no restrictions on who may serve as an arbitrator. Second, **whereas parties may submit their dispute to an arbitrator without any approval from the court, a private judge may be appointed only after the case has been filed in court and the presiding judge has agreed to send the case to a private judge**. Third, the merits of an arbitrator's award (on questions of both law and fact) are unreviewable by a court except in narrow cases as provided by statute. By contrast, the decisions of private judges are directly appealable (Nagaraj, 2007, págs. 1617-1618).

De igual manera, Cooter sostiene que “in brief, private adjudication in California is almost the same as public adjudication, except that (1) there is no delay in commencing trial, (2) the trial is not public, and (3) the disputants select the judge and pay him” (Cooter, The objectives of private and public judges, 1983, pág. 108). Además, desde su visión económica de este fenómeno, agrega que “in truly private disputes, where the effects do not extend beyond the litigants, an expanded role for private judges would increase the efficiency of decisions and increase their acceptability to disputants. There is a broad range of policies which could encourage strictly private disputes to be decided by private judges” (Cooter, The objectives of private and public judges, 1983, págs. 131-132). En el fondo, la posibilidad de seleccionar jueces privado permite que se extienda

---

<sup>21</sup> Capítulo 6 del Título 8 de la Parte 2 del Código Procesal Civil de California.

la oferta de personas disponibles para resolver controversias y que selecciones a aquel que ofrece las mejores capacidades ante un caso concreto.

*Segundo*, la selección de jueces de paz de algún modo es bastante cercana a las partes, cuando son elegidos entre los miembros de su comunidad. Si bien no se trata de una elección directa, lo cierto es que sí hay participación en la elección de los jueces de paz (al menos debería pasar según la norma) y dentro de pequeñas comunidades en las que se conoce a las personas que potencialmente podrían ser designados como jueces de paz.

Como explica el profesor Javier de Belaunde:

La justicia de paz es uno de los mecanismos más antiguos que se han desarrollado para que las comunidades rurales alejadas de las ciudades puedan acceder al sistema de justicia, y que debido a su eficacia posteriormente se extendió también a los centros urbanos. De esta manera **se inviste de poderes a un miembro de la comunidad y elegido por la comunidad, para que resuelva los conflictos de sus integrantes** aplicando su leal saber y entender, así como las costumbres de la zona (De Belaunde, 2006, pág. 123) (énfasis agregado).

Resulta pertinente resaltar que esta regulación procede del Derecho Español, pues con el Decreto del 22 de octubre de 1855 se crearon los jueces de paz (aunque limitados a materias administrativas y criminales). De dicha regulación se destaca el mecanismo de selección de los jueces pues provenían de la población local mientras cumplan con los requisitos básicos (Bell, 2006, pág. 207).

Resulta por demás interesante ese mecanismo, pues los miembros de la comunidad conocen los intereses e ideología de las partes en controversia. Es decir, se encuentran en aptitud de proveer justicia adaptada a la necesidad de las partes. En el fondo, se trata de un mecanismo similar al que buscaban los comerciantes con la resolución de controversias en base a la antigua *lex mercatoria*:

En el siglo XI los mercaderes preferían que fueran otros mercaderes los que decidieran sobre sus disputas. Los mercaderes favorecían un proceso diseñado y conducido para responder eficientemente a sus necesidades ¿Por qué los mercaderes preferían que sus disputas sean resueltas por otros

mercaderes? Porque los mercaderes conocían mejor que nadie las necesidades y demandas de los propios mercaderes. Los mercaderes eran mejores “escuchando” las necesidades de los mercaderes y resolvían las disputas tomándolas en cuenta. Los mercaderes, en ese sentido, resolvían las disputas con suma celeridad. Como buenos hombres de negocio entendían la necesidad de continuar haciendo negocios, evitando que una disputa distrajera su atención y recursos (Ezcurra Rivero & Iñiguez, *¿Escuchando mercaderes o escuchando abogados? La regla sobre producción de documentos en el arbitraje comercial*, 2019, pág. 57).

Así, si bien no se trataba de una elección directa, el hecho de que se produzca la elección de un juez de paz entre miembros de pequeñas comunidades permitía que el juez internalice las necesidades de resolución de controversias de su comunidad. Es decir, estaban en mejor posición que un juez estatal de un sistema centralizado para resolver una controversia, debido a su conocimiento de los actores de los procesos, así como sus costumbres.

Precisamente, Escobedo reporta que en el caso de las comunidades campesinas o nativas, el mecanismo de elección utilizado por dichas organizaciones se basaba en sus propios usos y costumbres; sin embargo:

La elección popular de los jueces de paz tuvo como primer obstáculo la falta de desarrollo del artículo 152 de la Constitución de 1993 y, seguidamente, la ineficacia de la legislación aprobada con tal fin por el Congreso de la República entre 2001 y 2005. El Poder Judicial intentó enfrentar estas dificultades expidiendo una resolución administrativa el 2001 y otra el 2004, según las cuales los jueces de paz continuarían siendo designados por el respectivo Consejo Ejecutivo Distrital, al amparo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1991. De tal forma, pese a que se promulgaron las leyes 27539, 28035 y 28545, no se llevaron a cabo procesos de elección popular de los jueces de paz, salvo algunas excepciones, si no desde 2006 en adelante, gracias a la aprobación del Reglamento de Elección de Jueces de Paz (Resolución Administrativa 139-2006-CE-PJ), que desarrolló la última de las leyes mencionadas (Escobedo, 2016, pág. 153).

De lo anterior se desprende que desde la Constitución de 1993 existe sufragio directo para elegir a los jueces de paz dentro de las comunidades; sin embargo, la elección popular no se materializó hasta 2012, a raíz de la publicación de la Ley 27539 (2001) y, posteriormente, las Leyes 28035 (2003) y 28545 (2005), que dispusieron que el Presidente de la República debía convocar a elecciones de jueces de paz, a solicitud del presidente de la Corte Suprema.

De Belaunde explica que la verdadera razón por la que no se implementó la norma fue porque se dispuso que el cargo de juez de paz era remunerado. Esta situación implicaba un alto gasto de presupuesto. Todo ello conllevó a la postergación y la falta de renovación de los jueces de paz (De Belaunde, 2006, pág. 123).

A pesar de que su aplicación no ha podido extenderse en todos los ámbitos, la justicia de paz (principalmente cuando está basada en la elección por parte de los miembros de la comunidad) aporta grandes beneficios y mayor aceptación en la sociedad:

Otro aspecto importante a resaltar es la mayor aceptación de la justicia de paz entre los miembros de la comunidad. Hans-Jurgen Brandt señalaba en 1990 que el índice de aprobación de la justicia de paz era de 63.2%. Más recientemente en el citado estudio de IDL, se ratifica esta percepción mayoritariamente favorable, pues una encuesta aplicada revela que el 64.66% de la población está satisfecha con el juez de paz. Ello contrasta con la opinión crítica y deficitaria que tiene la ciudadanía respecto de la justicia profesional (Valverde, 2021, pág. 7).

Todo lo anterior, no hace más que ratificar a través de jueces cercanos y con conocimiento o coincidencias ideológicas (incluyendo negocios, costumbres, tradiciones, entre otros) es posible alinear los intereses privados los litigantes, a fin de que las controversias en materias disponibles sean resueltas con mayor celeridad y eficiencia.

*Tercero*, en Francia, las cortes comerciales están compuestas por miembros de la comunidad comercial, quienes actúan *part-time* como jueces sin ninguna obligación legal de tener un entrenamiento jurídico previo (Cuniberti, 2009, págs. 12-13). Al respecto, John Bell señala que:

There are also some specialist civil courts. The *tribunaux commerciaux* have existed since 1563 and are typically staffed only by non-professional or ‘consular’ judges elected indirectly by the members of the local chamber of commerce. They deal with commercial matters or those which arise between commercial people (*commerçants*) or on commercial matters or things (e.g. commercial leases, companies and patents) (Bell, 2006, págs. 45-46).

Este funcionamiento particular de las cortes comerciales en Francia ha conllevado a que en 2001 existían 191 jueces no abogados en comparación a los 35 jueces oficiales designados por el mecanismo estatal para resolver controversias en materia comercial. Sin embargo, los jueces no abogados sí son acompañados por personal con experiencia jurídica (Bell, 2006, págs. 88-89).

Por lo tanto, ha quedado demostrado que existen antecedentes relevantes en el que las partes son uno de los principales actores en la selección de jueces, de forma tal que se cuenta con un juez capaz de entender y resolver la controversia de la forma más eficiente posible. Ello, necesariamente, va a generar un ahorro en costos y en tiempo debido a que la resolución de controversias se ajustará a la necesidad de las partes.

### iii. Implementación de la propuesta

Como consecuencia de lo visto previamente, en este apartado explicaré la propuesta de selección de jueces directamente por las partes, con el objetivo de reducir la congestión del Poder Judicial. Sin embargo, antes de aterrizar en los términos de la propuesta y sus beneficios, resulta necesario establecer una serie de parámetros en los que está basada: *Primero*, la selección de jueces únicamente se hace con referencia a un proceso civil o comercial ordinario. *Segundo*, alcanza únicamente a los jueces de primera instancia, no aborda los jueces que ven la apelación o de la Corte Superior<sup>22</sup>. *Tercero*, no se pretende analizar los mecanismos de elección de los miembros de la Corte Suprema. *Cuarto*, no incluye la selección de jueces en circunstancias particulares como la emisión de una cautelar.

---

<sup>22</sup> Aunque soy consciente de la necesidad de reformar en el ámbito de los jueces de apelación y de la Corte Suprema, así como el funcionamiento de estas instancias, su análisis escapa al ámbito de investigación de esta tesis.

Los litigantes del Poder Judicial, que son la mayoría, no gozan de los beneficios que hemos visto en las secciones previas que se derivan del hecho que las partes estén facultadas a designar directamente a los encargados de resolver sus controversias. En ese sentido, surge la interrogante sobre ¿qué impide que las partes puedan nombrar a sus jueces en el Poder Judicial para tener un proceso más eficiente en términos de costos y tiempo? A mi criterio, no existen razones suficientes para mantener el centralismo en la Junta Nacional de Justicia y quitarle absolutamente el poder de decisión al consumidor del proceso, la parte litigante.

Actualmente, los riesgos de que diversos grupos de interés influyan en el nombramiento de jueces son altos, como ya ha sucedido, en la medida que un pequeño grupo se encarga de la selección de jueces. Adicionalmente, los litigantes no reciben la justicia que necesitan para su caso concreto, pues hemos demostrado que los intereses de los jueces no están alineados a las necesidades concretas de resolución de conflictos. En la medida que la resolución de un caso concreto solamente interesa a las partes, el nombramiento de jueces debe ser realizado por estas, pues están en mejores condiciones de definir sus necesidades.

En ese sentido, coincido con la propuesta de Súmar, Mac Lean y Deustua en cuanto a que las partes deben estar facultadas a elegir jueces libremente, pues ello generaría un mercado competitivo de jueces que permitiría determinar quiénes brindan los mejores servicios para maximizar beneficios (Administración de Justicia en el Perú). Además, ello repercutirá necesariamente en un aspecto que se ha desarrollado de manera extensa en este Capítulo, la especialización, en la medida que, como señala Cuniberti (2009, pág. 26) con respecto al arbitraje, son las partes quienes están en mejores condiciones de designar a un árbitro que se ajuste a sus necesidades, dependiendo de sus preocupaciones en el caso concreto.

El hecho de que existan personas expertas en una determinada materia comercial o jurídica, según las necesidades de las partes en un caso concreto y en un sector económico determinado, permitirá que se elija al profesional más capacitado (a criterio y entendimiento de las partes) para que tome una decisión sobre la controversia sometida a su conocimiento. Las partes como dueñas de su proceso están en mejor posición de saber y conocer las necesidades de su caso concreto para que este sea resuelto de forma eficiente y con una persona con experiencia.

Ello es de suma importancia, pues como Cooter y Ulen afirman, actualmente existe una era de la especialización que impacta en las controversias:

We now live in an age of a new law merchant. The modern economy creates many specialized business communities and norms arise in them to coordinate the interaction of people. The formality of the norms varies from one business to another. Self-regulating professions, like law and accounting, and formal networks like Visa promulgate their own rules. Voluntary associations, like the Association of Home Appliance Manufacturers, may issue guidelines. Informal networks, such as the computer software manufacturers, may have inchoate ethical standards. All of these social norms provide a rich source for decentralized law making by judges. As the economy develops and becomes more complex, social norms should become more important as a source of law (Cooter & Ulen, Law and Economics, 2016, pág. 415)

De hecho, cuando la especialización en un sector o controversia determinado es relevante, no existe duda que un experto se encontrará en mejor posición de resolver la disputa en menor tiempo. Cuando existe un actor especializado, inmoviliza menos recursos por menores periodos de tiempo, porque no necesita formarse en los permenores técnicos de la controversia. Por ello, la controversia se resuelve con más rapidez (Benson, Justicia Sin Estado, 2019, pág. 274).

En ese contexto, cuando un juez conoce el mercado sobre el cual está decidiendo una controversia, está en mejor capacidad de dirigir el procedimiento de la manera más eficiente. Es decir, en el menor tiempo posible y al menor costo, sin que ello represente un riesgo para el procedimiento de las partes. Este asunto es claramente explicado al analizar la eficiencia en el arbitraje, pues “is often assimilated with only cost and time efficiency, but the other side of the same coin is to gain the efficient proceedings without risking either the correct outcome or the due” (Fortese & Hemmi, 2015, pág. 116). La misma lógica resultaría aplicable en este caso si las partes estuvieran facultadas para elegir sus jueces.

Por lo tanto, al existir eficiencia en la resolución de las controversias, se generará un impacto directo en el uso del sistema de justicia y, en consecuencia, menor congestión y sobreuso del sistema.

Adicionalmente, Pasquel y Bayly (¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia rompiendo el mito de la justicia estatal, 2003, pág. 334) resaltan que el hecho de que los jueces tengan que internalizar los costos de sus actos (porque de lo contrario no serían nombrados) produce incentivos para que su actuación se ajuste en mayor medida a las necesidades de las partes.

En la práctica, las partes podrán designar libremente a su juez, siempre que no exista un conflicto de intereses con alguna de las partes, al iniciar el proceso. El funcionamiento del sistema propuesto está detallado en el Anexo 1 de la presente tesis.

Otra consecuencia de esta propuesta es que se creará un mercado competitivo y se ampliará la oferta de jueces, lo que permitirá que las partes gocen de libertad en su elección y escojan a aquella opción que consideran más beneficiosa. Ello también cambiará la situación de congestión y sobreuso del sistema.

Un aspecto relevante que es necesario detallar para el correcto funcionamiento del sistema es qué ocurriría si alguna de las partes no cumple con designar a su juez. Actualmente, la alternativa existente en la Ley de Arbitraje peruana prevé que sean las Cámaras de Comercio quienes actúen como entidades nominadoras (artículo 25, 2008):

Quando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda el nombramiento de un árbitro por una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.

Este esquema ha sido destacado desde la doctrina en la medida que:

[...] existen al menos dos importantes razones para depositar las designaciones residuales en las cámaras de comercio y no en los tribunales ordinarios: i) porque las cámaras de comercio se han encargado de desarrollar arbitrajes entre los comerciantes y hombres de negocios durante siglos; y ii) porque estas designaciones reducen costos de transacción para las partes, que ya no tienen que soportar la carga procesal de los tribunales ordinarios para conseguir el nombramiento de un árbitro (Rubio Guerrero, 2011).

Sin embargo, cabe preguntarse si esta opción también resultaría viable ante un proceso judicial. Desde mi perspectiva, esa opción podría ser replicada en este sistema, pues las Cámaras de Comercio están en mejor capacidad de conocer las necesidades comerciales de una controversia determinada, pues entre sus agremiados existen comerciantes expertos en diversas materias.

Precisamente, lo que esta propuesta busca es que los jueces estén en capacidad de responder a las necesidades concretas de justicia de las partes. Como hemos visto en el caso de Francia, los jueces son parte de la comunidad comercial (Cuniberti, 2009, págs. 12-13). Específicamente, parte de las cámaras de comercio locales (Bell, 2006, págs. 45-46).

Ambos jueces designados por las partes (o de manera subrogada) deberán proceder conforme al acuerdo de las partes para designar al presidente del tribunal. Ante la falta de acuerdo, ambos jueces deberán designar al juez presidente del tribunal.

Por otro lado, aunque resulta evidente, al igual que sucede en el arbitraje, los jueces nombrados por las partes y el presidente tienen que ser y mantenerse independientes e imparciales. Esto es, no representan a la posición de la parte que los ha nombrado, sino que están destinados a resolver la controversia conforme a derecho. Lo contrario sería atentar contra un proceso justo (independientemente del foro) como señala el profesor Bustamante (Derechos fundamentales y proceso justo, 2015).

Al respecto, Benson sostiene que

In light of the fact that selection mechanisms allow veto, each party might be expected to support at least some candidates that are expected to be unbiased. In fact, it is widely contended that arbitrators are chosen for their expertise, reflected by their experience and training, as well as for their consistency in deciding cases solely on their merits, and for their impartiality (Arbitration, 1999, pág. 185)

Quienes se oponen a mecanismo de esta naturaleza, como Dilanni, sostienen que resulta posible que se designe a un juez cuando existe un acuerdo *ex ante*; sin embargo, no sucede lo mismo de manera *ex post* (por ejemplo, casos de responsabilidad extracontractual):

The situation is different if a dispute arises between people who have no previous agreement (ex post arrangements). In this case, the interaction has already taken place, so parties at most have only the power to veto particular adjudicators. If this is the case, then presumably each party will veto the adjudicators who are likely to find against him. Except through error (differing estimates of the probability that an adjudicator will find for one party or the other), no agreement on an adjudicator will take place, and the plaintiff will be forced to bear the loss. Alternatively, if the defendant is not given the option to veto particular adjudicator, adjudication will take place. However, because the selection of an adjudicator is entirely up to the plaintiff, adjudicators will compete on the basis of offering pro- plaintiff rulings, and the defendant will be forced to bear the loss. When one party consistently bears the loss, without regard for economic efficiency, the outcome will naturally tend to be inefficient (Dilanni, 2010, pág. 205).

Sin embargo, su posición parte de la existencia de un acuerdo entre las partes para designar a un solo juez. Además, asume que sería alguna de las partes quien se encargaría de realizar la designación ante la falta de acuerdo. Lo cierto es que la propuesta planteada no incurriría en dicho problema, en la medida que cada una de las partes designaría a un juez y entre ellos en su conjunto al juez presidente del tribunal, con las particularidades establecidas en el Anexo 1 ante supuestos de falta de designación o un acuerdo entre las partes para designar a un solo juez.

Por lo tanto, los beneficios derivados de la designación de jueces de manera directa por las partes permitirán que el proceso civil y comercial responda a los intereses de las partes y se ajuste a la necesidad de la resolución de un conflicto concreto. Como consecuencia de ello se va a generar un proceso más eficiente, con ahorro de costos, por lo que contribuirá a reducir la sobrecarga judicial y evitar el sobreuso/abuso del sistema de justicia.

### **C. Los litigantes deben poder acordar las reglas de procedimiento aplicables**

En esta sección analizaremos, en primer lugar, qué incentivos existen para que el legislador diseñe el proceso civil de acuerdo con las necesidades de las partes. Luego, aterrizaremos en antecedentes existentes sobre el diseño procesal de manera directa por

las partes y, finalmente, demostraremos que el diseño de las normas procesales directamente por las partes, permitirá lograr un proceso más eficiente con menores costos para disminuir la congestión y sobreuso del sistema.

Con ello dicho, considero necesario abordar tres asuntos: (i) las normas procesales no se basan en las necesidades de las partes; (ii) ejemplos de flexibilidad procedimental; y, (iii) la relación entre los costos y la flexibilidad procedimental y la implementación de la medida.

- i. ¿Las normas procesales atienden a las necesidades de las partes en controversia?

Como hemos visto en el Capítulo I, las normas procesales tienden a atender el interés público que subyace en nuestro sistema actual. Por ello, Gustavo de Vinatea sostiene que “en cada proceso, sea el interés público el que prevalezca desde el inicio hasta el fin [...] Es decir, que todo acto procesal debe tener en cuenta el interés que todos los miembros de la comunidad tenemos en ese proceso y en las consecuencias que de él se derivan para todos nosotros” (De Vinatea, *El interés público del proceso civil*, 2001, pág. 120).

De igual manera, el Tribunal Constitucional ha señalado que las normas procesales son de orden público y obligatorio cumplimiento<sup>23</sup>. Lo anterior, está basado en la naturaleza pública que sustenta el proceso civil. Precisamente, quienes apoyan el sistema han llegado a sostener que las reglas procesales permiten que los jueces encuentren la verdad material a través de la evidencia y con un sentido de justicia, que permita garantizar la ejecución de los derechos sustantivos. Así, la existencia de un procedimiento justo (garantizado por ley) permite dotar de legitimidad al sistema para que inclusive la parte perdedora resulta satisfecha con el procedimiento (Genn, 2010, pág. 13).

Es decir, las normas procesales responden al criterio superior de justicia que ha tenido el legislador al momento de idear por ejemplo el proceso civil ordinario. El legislador anticipa el plazo para responder una demanda, sin saber si las partes desean presentar informes periciales de expertos para sustentar su caso ni tampoco las necesidades del caso

---

<sup>23</sup> Véase la Sentencia del TC recaída en el Expediente 141-95-HC/TC en la que señala que “las normas procesales son de orden público y, por ende, de imperativo y obligatorio cumplimiento por los sujetos que en ellas se encuentren comprendidos”.

concreto. Simplemente, no es posible saberlo *ex ante*, salvo que se cuente con una bola de cristal.

Si bien en la doctrina procesal se señala la existencia del principio dispositivo “como expresión insuprimible del poder reconocido a los particulares de disponer de su propia esfera jurídica” (Aguirrezabal & Pérez, 2018, pág. 298). En la práctica peruana dicho principio procesal no ha tenido desarrollo práctico para generar reglas procesales más adecuadas y de mutuo acuerdo entre las partes, pues la Corte Suprema ha sido clara en limitar su alcance:

El Principio Dispositivo enuncia que el proceso es de las partes y por lo tanto corresponde a éstas su inicio y desarrollo, sin embargo en nuestro ordenamiento procesal no impera un principio dispositivo puro o absoluto, ya que desde el momento que el proceso civil es de Derecho Público, se reconoce **y exige al Juez una actividad de impulso y de dirección del proceso**. De esa manera se busca neutralizar una posible arbitrariedad de las partes en el proceso. En todo ello subyace el fin del proceso que es resolver un conflicto de intereses y ser un medio para garantizar los derechos sustanciales, como ya se ha indicado (Casación 2427-2010-Lima., 2011) (énfasis agregado).

Lo cierto es que el diseño de tipos procesales estandarizados no responde a las necesidades de las partes y a la del derecho que se discute en un determinado caso en materia civil. La realidad del derecho y de las controversias actualmente ha sobrepasado a las normas procesales, por lo que resulta necesaria mayor flexibilidad y adecuación de la norma procesal a la realidad (Aguirrezabal & Pérez, 2018, págs. 299-300).

Asumir que todos los procesos serán iguales y que todas las demandas de conocimiento (el proceso más largo y completo) se deben responder en un plazo de 30 días está totalmente alejado de la realidad. El ejemplo más claro es la práctica arbitral que lo demuestra cada día. No en todos los casos se necesita el mismo plazo, pues no todos requieren la presentación de peritos o testigos o de simplemente abordar argumentos técnicos de alta complejidad.

Así, resulta paradójico que cuando se pretenden modificar las normas procesales se señala que el objetivo es dotar de mayor celeridad al proceso, para tener una mejor

administración de justicia y satisfacer las demandas sociales<sup>24</sup>, cuando siempre siguen la misma lógica en su diseño.

Parece olvidarse que “las reformas procesales [...] no se han constituido en una mejora seria a los problemas de retraso y de congestión [...]” (Vargas, Eficiencia en la justicia, 2004, pág. 468). Por lo tanto, resulta claro que el legislador no tiene incentivos ni conocimiento para diseñar un proceso que responda a las necesidades concretas de las partes y la realidad es que nunca podría tenerlo mientras las normas sean imperativas y no flexibles, porque no es posible anticipar el futuro de una controversia.

## ii. La flexibilidad procedimental sí existe y funciona

En este apartado abordaremos tres ejemplos de flexibilidad procedimental y los beneficios derivados de ella.

### a. La justicia de paz

Al iniciar este trabajo de investigación comenté que aún existe en el Perú – contrariamente a lo que se cree – un pequeño espacio de incentivos privados en un subsistema justicia, la justicia de paz. La Defensoría del Pueblo se pregunta porqué:

Si (...) los cambios normativos fuesen las claves para vencer a la dilación indebida, no se podría entender cómo la justicia de paz no letrada, sin suficientes recursos ni el personal necesario y con escasas modificaciones a su marco normativo, tiene altos niveles de resolución y de aprobación ciudadana (Defensoría del Pueblo del Perú, 2006, pág. 113).

En mi apreciación del asunto, una de las principales razones detrás de ello es que existe una gran flexibilidad procedimental en el diseño de las actuaciones jurisdiccionales del juez de paz. La ley de justicia de paz es sumamente clara en su propósito no formalista, en la medida que su artículo 22 señala que “las demandas o denuncias interpuestas ante el juzgado de paz se tramitan sin formalidades. Se pueden formular ante el juez de paz

---

<sup>24</sup> La propia página web del gobierno peruano da cuenta que el proyecto de código procesal responde a las referidas necesidades: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1942518-proyecto-del-nuevo-codigo-procesal-civil>

de manera verbal o por escrito. La intervención de un abogado no es necesaria” (Ley 29824, 2012).

De ahí que se señala que “a diferencia de otros órganos jurisdiccionales, los juzgados de paz no requieren aplicar completamente las formalidades procesales al resolver los conflictos” (Poder Judicial, 2015, pág. 57). En esa misma línea, Escobedo ha señalado que:

En la rama civil, la Ley de Justicia de Paz y su Reglamento establecen principios generales y un procedimiento sencillo para la solución de controversias. El principal criterio de actuación del juez de paz es su vocación por que el conflicto se resuelva en vías de acuerdo o conciliación judicial entre las partes y, solo cuando no es posible alcanzar ese acuerdo, optar por el recurso de la sentencia del asunto. Es necesario tener en cuenta que, durante esta gestión, **los juzgados de paz no tienen la obligación de aplicar las formalidades de un proceso ordinario, sino que pueden emplear formas y fórmulas de actuación que se adecúen a las pautas culturales de su comunidad o a sus propios criterios de equidad** (“leal saber y entender”) (Escobedo, 2016, pág. 243)

De hecho, la flexibilidad procedimental ha llegado a tal punto que existe libertad de fijar la fecha de audiencia y llevarla a cabo en diversas sesiones, permitiendo la actuación probatoria en términos amplios:

Recibida la demanda o denuncia, el juez de paz notifica por escrito al demandado o denunciado y cita a ambas partes a una audiencia única, la cual puede realizarse en varias sesiones.

En esta audiencia cada parte expone los hechos ocurridos y sus pruebas [...] (Ley 29824, 2012)

La tramitación del proceso es mucho más ágil con un juez de paz muy cercano, principalmente, bajo la lógica de que se trata de una persona respetada por la comunidad. En ese sentido y en total contraposición de lo que sucede en el Poder Judicial, la justicia de paz en el Perú se presenta como una isla que efectivamente reconoce los incentivos privados de los litigantes.

De hecho, la propia Defensoría del Pueblo reconoce que parte de los problemas relacionados con la congestión de las cortes parte de una “cultura organizacional del formalismo excesivo” (Defensoría del Pueblo del Perú, 2006, pág. 110), que es contraria a lo que sucede con la justicia de paz que se rige por la flexibilidad y falta de formalidad.

b. El proceso civil en Quebec

Una situación similar se produce en Quebec, pues de acuerdo con su Código Procesal Civil de esa ciudad las partes tienen el control de sus casos<sup>25</sup>. Sin embargo, también impone una cuota de responsabilidad en la medida que:

In any proceeding, the parties must ensure that the proceedings they choose are proportionate, in terms of the costs and time required, to the nature and ultimate purpose of the action or application and to the complexity of the dispute [...]<sup>26</sup>

El juez interviene con el propósito de mantener en orden en el proceso del procedimiento y asegurar un manejo adecuado del mismo; sin embargo, la regulación también privilegia la flexibilidad en la medida que:

A judge may, upon such conditions as he considers just, extend any time limit which is not peremptory or relieve a party from the consequences of his failure to respect such time limit.

In first instance, the parties may, in establishing the proceeding timetable, agree on time limits other than those prescribed by this Code, unless they are peremptory<sup>27</sup>.

De manera específica, el Código Procesal prevé que las partes pacten un calendario procesal para sus actuaciones, que no exceda un periodo de 180 días para materias civiles:

Before the date indicated in the notice to the defendant for presentation of the action or application, the parties, except impleaded parties, must negotiate an agreement as to the conduct of the proceeding, specifying the arrangements

---

<sup>25</sup> Código de Procedimientos Civiles de Quebec, artículo 4.1

<sup>26</sup> Código de Procedimientos Civiles de Quebec, artículo 4.2

<sup>27</sup> Código de Procedimientos Civiles de Quebec, artículo 9.

between them and the timetable with which they are to comply within the 180-day<sup>28</sup>

Este tipo de norma flexible permite adecuar mejor el procedimiento a las necesidades concretas de las partes, así como prever los costos que podría involucrar el proceso judicial (Jukier, 2015). De esa forma, es posible obtener un proceso más eficiente y sin generar mayores retrasos.

Por lo tanto, estos ejemplos permiten reforzar el hecho de que la flexibilidad procedimental no es ajena al proceso judicial, sino que por el contrario permitirían que las partes puedan decidir de qué manera quieren resolver sus conflictos, reduciendo los plazos innecesarios, dotando al proceso de herramientas idóneas para hacerlo más eficiente.

### c. Arbitraje

Lo mismo sucede con el arbitraje, a tal punto que sus ventajas se han ido demostrando en la práctica, en la medida que “los árbitros pueden ser mucho menos formalistas que los jueces en lo tocante al procedimiento” (MacLean, 2005, pág. 216).

La situación de la libertad procedimental en el arbitraje cuenta con un amplio sustento jurídico que reside en tratados internacionales, la Ley Modelo CNUDMI, leyes de arbitraje, reglamentos arbitrales, e inclusive *soft law*. Si bien haremos un repaso muy breve con relación a estas fuentes normativas, centraremos nuestra atención en las consecuencias de este sistema.

Primero, la Convención de Nueva York establece en su artículo V.1.d que es posible denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo si “el procedimiento arbitral no se ha [...] ajustado al acuerdo celebrado entre las partes”. Al respecto, Van den Berg, uno de los más estudiosos de la Convención, ha señalado que:

If the parties have made an agreement on the composition of the arbitral tribunal and the arbitral procedure, according to Article V (1) (d), the alleged irregularity of these matters has to be determined under the agreement alone. The generally accepted interpretation is, however, that notwithstanding the

---

<sup>28</sup> Código de Procedimientos Civiles de Quebec, artículo 151.1.

supremacy of the parties' agreement under Article V (1) (d), the composition of the arbitral tribunal and the arbitral procedure are still subject to the fundamental requirements of due process (Van den Berg, 1981, págs. 324-325).

De acuerdo con Mistelis y Lew, se trata de una norma relevante en tanto reconoce la potestas a las partes la determinación de las reglas procedimentales que regularán los arbitrajes (Lew, Mistelis, & Kroll, 2003, pág. 523).

Ello llevó a que la Ley Modelo CNUDMI, que sirve de inspiración a la mayoría de leyes arbitrales modernas, también acoja la libertad procedimental en su artículo 19, al consagrar que “las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones” (2006).

En el caso peruano, la Ley de Arbitraje, inspirada en la Ley Modelo, también ha acogido la libertad procedimental en su artículo 34 al señalar que “las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones” (Decreto Legislativo 1071, 2008). Inclusive, la libertad procedimental ha llegado a tal punto que ante la falta de acuerdo el Tribunal determina las normas que determine más apropiadas. La única condición (lógica y razonable) es que se debe tratar a las partes con igualdad y darle suficiente oportunidad a cada una para hacer valer sus derechos.

En ese contexto, la exposición de motivos de la ley de arbitraje peruana es clara en señalar que la regulación del artículo 34 también garantiza un debido proceso en la medida que el tratamiento a las partes se basará en la igualdad de armas, para que tengan suficiente oportunidad hacer valer sus derechos. Como resulta evidente, se trata de un límite necesario a la autonomía, para no convertirla en arbitrariedad. Además, al haberse establecido la aplicación de usos y costumbres en materia arbitral, se evita la judicialización del arbitraje (Decreto Legislativo 1071, 2008)<sup>29</sup>.

En esa misma línea, el profesor Bustamante sostiene que el hecho que las partes establezcan las normas que rigen un arbitraje, no debe implicar que exista una violación del debido proceso:

---

<sup>29</sup> Exposición de motivos Decreto Legislativo 1071.

Tampoco debe incurrirse en el error de equiparar debido proceso con las normas de la legislación procesal, especialmente del Código Procesal Civil. El primero es un derecho fundamental que cuenta con elementos exigibles independientemente de que se encuentren regulados o no por una ley procesal. Los segundos son cuerpos normativos que disciplinan los aspectos procedimentales de determinados procesos (penal, laboral, civil, etc.), por lo que no toda norma procesal integra el contenido del debido proceso y no todo elemento del debido proceso está regulado por la legislación procesal.

En el caso específico del arbitraje, no debe olvidarse que se trata de un mecanismo de justicia privada que responde a criterios distintos de los que informan los procesos judiciales o administrativos, razón por la cual debe cuidarse de no aplicar indebidamente al arbitraje criterios procesales que no responden a su naturaleza especial (artículo 34 de la LA). Todo ello, claro está, sin perjuicio de respetar el debido proceso, los derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, en lo que corresponda” (Bustamante Alarcón, La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho, 2013, pág. 4).

Más allá de la concepción jurídica que subyace a la libertad procedimental que reconoce que el arbitraje es de las partes, la consecuencia de dicha libertad ha sido la creación de mejores prácticas a nivel internacional. Si bien los profesores Landes y Posner señalan que se tiende a replicar en el arbitraje lo que sucede en el proceso civil (Posner & Landes, *Adjudication as a Private Good*, 1979, pág. 250), Bullard y Repetto apoyados en la práctica arbitral moderna sostienen que:

El hecho que en los arbitrajes se adopten las reglas de la IBA como lineamientos no vinculantes otorga mayor flexibilidad a los árbitros o a las mismas partes, y las somete a reglas de carácter evolutivo. En cuanto a las normas de *soft-law* de derecho sustantivo una manifestación principal, ha sido la nueva *lex mercatoria* y su mejor compilación hasta la fecha los Principios Unidroit sobre contratos comerciales.

[...]

En conclusión, el rol del *soft law* es que organizan reglas prácticas producidas por los órdenes espontáneos. Se prefiere que el uso de las mismas sea referencial y no vinculante. Este es un rol similar a los *restatements* del *common law*. Estos son consistentes con un orden espontáneo y son una alternativa al uso de órdenes constructivistas (Bullard & Repetto, Charles Darwin y el Arbitraje, 2019, págs. 126-127).

Por eso, una de las principales ventajas que se resalta del arbitraje es la flexibilidad procedimental, que otorga el poder a las partes de diseñar sus procesos. Ello se extiende al punto de permitir a las partes diseñar un proceso muy parecido al proceso judicial, pero también totalmente distinto de la alternativa judicial disponible (Cuniberti, 2009, pág. 12). De hecho, en la última encuesta desarrollada por Queen Mary University en 2021 dejó constancia de que los entrevistados valoraban la libertad procedimental ofrecida en los arbitrajes ad hoc, en comparación los arbitrajes manejados por instituciones arbitrales (Queen Mary University; White & Case, 2022).

Esta es una característica que el arbitraje comparte con los métodos alternativos de solución de controversias, que tienen como una de sus principales ventajas en la posibilidad de controlar o decidir cómo adecuar el procedimiento, para hacerlo más efectivo a la necesidad de las partes para resolver sus controversias (Main, 2005)<sup>30</sup>.

En ese sentido, el arbitraje ha aprovechado su libertad procedimental y flexibilidad, para convertirla en una ventaja competitiva y comparada frente a la realidad legal del sistema procesal. De esa manera, se han generado incentivos para que los litigantes resuelvan sus controversias de forma más eficiente, ajustada a sus necesidades y con menores costos y plazos.

Es decir, esta libertad procedimental permite diseñar un arbitraje ajustado a las necesidades concretas de las partes, dada la controversia específica que existe. Así, “parties should duly explore the procedural possibilities available and aim for a set of

---

<sup>30</sup> Específicamente Main, Thomas señala que “Interest in ADR is also generated by the desire for processes that can be tailored to the unique needs of a particular case.’ 20 Proponents of ADR argue that control or autonomy over issues of process may lead to a more effective and satisfying resolution of the dispute.’ 2’ The ADR narrative emphasizes that rigid procedural rules can be manipulated, misused, and abused by gladiators fixated on purely adversarial solutions” (pág. 356).

procedural rules that strikes a balance between the needs of the case, on the one hand, and costs and efficiency of the proceedings, on the other” (Draye, 2016, pág. 283).

Por todo ello, la CCI señala que “this important characteristic entails that the specific procedures can be tailor-made as appropriate for each dispute and adapted to the legal cultures of the parties and the arbitrators” (Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2018, pág. 4).

Por lo tanto, la libertad procedimental procedente de la CNY y la ley modelo CNUDMI permite que el arbitraje sea eficiente, célere y se ajuste a las necesidades del caso.

### iii. Flexibilidad, costos e implementación de la propuesta

A raíz de lo explicado en los apartados anteriores, la propuesta de esta tesis para reducir la congestión del poder judicial es que las partes del proceso civil puedan pactar las reglas procedimentales aplicables para resolver sus controversias de la manera más eficiente posible. Únicamente, de esta manera se podría introducir incentivos privados que reconozcan que el proceso en realidad depende y debe estar diseñado para satisfacer los intereses de las partes y no del derecho objetivo, en línea con lo analizado en los Capítulos previos.

De hecho, los propios jueces reconocen que una de las características por las que las partes deciden pactar arbitraje en lugar del Poder Judicial es la libertad procedimental. Precisamente, en un discurso de Lord Mance referido al arbitraje señaló que:

But the leitmotif of arbitration is autonomy and consent – as regards the composition and jurisdiction of the tribunal, procedure, evidence, confidentiality, etc. Today’s judges, I believe, understand why arbitration is often preferred to litigation, respect the virtues of party autonomy (Lord, 2015)

Ello está alineado con la crítica de Lord Briggs a las normas de procedimiento civil rígidas que existen en Inglaterra (Briggs, 2021). Él señala que parte del problema reside en una realidad constantemente cambiante que obliga a ajustar las reglas de procedimiento de manera permanente. Se trata de un proceso de nunca acabar porque el

derecho procesal tiene que ajustarse a las necesidades y complejidades de la vida civil, que se discuten en las controversias.

Así, desde su perspectiva, la solución a este problema se basa en hacer el procedimiento más flexible en un fragmento de su ponencia que merece ser reproducido en su integridad (Briggs, 2021):

28. I believe that the real solution to this access to justice problem based upon disproportionality lies in making the best use of modern IT, so as to enable ordinary people to bring and defend small or moderate value civil claims online, **without having to employ a lawyer every step of the way**. This does not mean that the wise litigant will take no legal advice on the merits, or even where necessary (and statistically this is a very small proportion of cases) to use a lawyer to argue a point of law or cross examine a witness at trial. **But it cuts out the huge expense of doing the civil procedural dance necessary under our present CPR regime to get there, every part of which usually has to be, or at least is, conducted by a lawyer.**

29. **IT has already opened up major avenues for the cost-efficient conduct of some types of claim**, for example personal injury claims arising out of road accidents, under an online Portal which leads to the settlement of the overwhelming majority of insured claims. Amendments to the CPR accommodated this process within the rules, alongside a new fixed costs regime which has proved very successful.

30. There is now in the process of development and public testing a new form of online court for small civil money claims of all kinds, which it is hoped will be the prototype for a radical recasting of the way in which, eventually, most civil litigation will in the future be conducted in England. Claims will be articulated by filling in boxes and answering intelligent questions on successive screens in a responsive electronic form, which will also accommodate uploading of documentary evidence. Defences will be articulated in the same way. Cases will then be determined by an appropriate mix of mediation, early neutral evaluation, or online, or trial by video, telephone, or face to face as appropriate.

Su visión es clara, las partes necesitan flexibilidad y procedimientos sencillos, que se pueden obtener a partir de la aplicación de la inteligencia artificial y el desarrollo tecnológico. Sin embargo, no es necesario ir tan lejos, sino que el propio acuerdo de las partes sobre el procedimiento en casos más complejos también permite aquello.

Evidentemente, cualquier voluntad o autonomía tiene límites, es decir, los pactos no podrían ir más allá de derechos fundamentales como el debido proceso. No sería posible que las partes pacten reglas que afecten la igualdad, por ejemplo, que solo una de las partes se pronunciará sobre un determinado asunto, pero sí que sean libres de pactar cuál es la manera que consideran más eficiente de conducir su arbitraje. Ahí, la importancia de dirección del proceso del Juez estará basada en garantizar la igualdad de armas y lograr que el proceso sea posible según lo que las partes hayan pactado, como se verá con más detalle en la implementación de la propuesta.

La consecuencia de la flexibilidad será que las partes puedan reducir costos de manera eficiente al momento de adaptar las reglas procesales a sus necesidades concretas (Queen Mary University; White & Case, 2022). Como señalan Ezcurra e Iñiguez sobre los comerciantes en la época de la *lex mercatoria*:

Para ese mismo fin los mercaderes necesitaban un proceso flexible, justo y rápido. Un proceso en el que las ganancias justificaran claramente sus costos. La resolución de disputas comerciales debía respetar esa esencia. Debía ser eficiente. La velocidad fue parte importante de esa eficiencia. La resolución lenta y costosa de disputas no era ni eficiente ni justa (Ezcurra Rivero & Iñiguez, ¿Escuchando mercaderes o escuchando abogados? La regla sobre producción de documentos en el arbitraje comercial, 2019, pág. 57).

Así, no cabe duda de que la selección de las reglas está relacionada con los costos de un proceso judicial, en la medida que “se puede crear diferencias de costos dependiendo del tipo de proceso (sumario o normal), el cual no dependerá de criterios formales preestablecidos, sino de la voluntad de la parte por pagar más o menos” (Sumar, Mac Lean, & Deustua). Es lógico, un proceso más complejo (por ejemplo, por la presentación de informes de experto en materia de daños) conlleva a una mayor inversión de recursos; mientras que, uno más simple no necesariamente tanto.

En el mismo sentido se pronuncian los profesores Correa, Peña y Vargas sobre la propuesta de mayor flexibilización del Poder Judicial:

Estos otros sistemas de resolución de conflictos – que operan como bienes sustitutivos de los sistemas adversariales de raigambre estatal-, muestran costos alternativos manifiestamente inferiores a los del sistema judicial. Ello se explica por la mayor flexibilidad que presentan. En ellos es posible adaptar los procedimientos y tiempos de los procesos de solución a las características del caso concreto. También permiten que el tercero que resuelva el conflicto sea una persona especializada en la materia sobre la que versa. En cambio, el sistema judicial es, por definición, rígido (Correa , Peña, & Vargas, 1999, pág. 32).

Los propios jueces del Reino Unido (apoyados en la visión de Bentham) son conscientes de que, si un proceso responde a las necesidades del derecho sustantivo, es decir, a las necesidades concretas de las partes en controversia, será posible reducir la congestión que existe en el Poder Judicial cuando un proceso es ineficiente:

Bentham's complaint was that the laws of procedure were the creation of the judges, not the legislature – that they favoured the interests of the judges as a class, not the interests of the people generally. His vision was of a system that gave effect to the requirements of the substantive law – its servant, on other words, not its master; of a system that prevented delay, vexation, expense and a failure of justice (Hope, 2010)

Por lo tanto, la potestad de las partes de diseñar su proceso no solo permitirá alinear de mejor manera sus intereses con el diseño del proceso civil y comercial, sino que además y principalmente producirá incentivos beneficiosos para crear procesos eficientes con reducción de costos para las partes y el tiempo que invierten en litigar. De esa manera, tener una resolución de conflictos ajustada a la necesidad concreta de un determinado caso, permitirá que los procesos sean más céleres y, en consecuencia, permita reducir la congestión del Poder Judicial.

De manera específica, en el Anexo 1 de la presente investigación, se detalla la manera en la que funcionaría el procedimiento propuesto para que las partes estén en capacidad de designar sus reglas y calendario procesales, como sucede en las cortes de Quebec.

#### **D. Los litigantes deben asumir los costos de los procesos**

Como hemos visto en los Capítulos previos, el diseño del sistema de justicia no solo está basado en el interés público, sino que prácticamente se trata de un sistema de libre acceso a costos ínfimos, que en modo alguno representan el costo del servicio de justicia civil. Únicamente hace falta realizar una comparación entre el costo de un arbitraje, en el que las partes (igual de privadas que en un proceso civil) sí asumen los costos de litigar, frente a lo que cuesta llevar adelante un proceso civil. La subvención estatal (es decir, de los contribuyentes que financian el sistema) es evidente y también queda demostrada en el presupuesto del Poder Judicial<sup>31</sup>.

En ese sentido, en este apartado analizaremos si la propuesta de que las propias partes privadas del proceso civil asuman los costos de litigar representaría o no un incentivo privado beneficioso para el sistema de justicia civil y comercial, en el sentido que permitirá reducir la congestión y sobreuso del Poder Judicial. Para ello, analizaremos los siguientes asuntos: (i) el interés de los contribuyentes en financiar los procesos civiles; y, (ii) la asunción del precio por parte de los agentes privados. Finalmente, analizaremos qué sucedería con las controversias que no son económicamente razonables.

##### **i. El interés de los contribuyentes al financiar los procesos civiles**

Un asunto que ya hemos discutido en extenso es a quién le interesa el proceso civil. Por un lado, hemos visto la existencia de una corriente imperante basada en el interés público y en la paz social en justicia que se logra a través del proceso civil. Por otro lado, hemos visto que los litigantes responden principalmente a incentivos privados al momento de iniciar un proceso civil, pues buscan satisfacer una posición o pretensión de índole patrimonial que en la gran mayoría de los casos únicamente tendrá efectos para las partes litigantes.

---

<sup>31</sup> Ver supra, capítulo I.

Así pues, conviene preguntarnos si existe algún interés o beneficio por parte de la sociedad o, mejor dicho, los contribuyentes en asumir el costo del sistema de justicia civil o comercial. En el fondo, la pregunta es ¿por qué todos los ciudadanos tenemos que pagar por las disputas de un contrato entre terceros sobre el cual no tenemos nada que ver?

¿Cuál es la razón por la que todos los ciudadanos deben financiar el litigio entre una institución bancaria y un deudor (ya sea persona natural o una empresa)?

Rex se ha planteado esta interrogante de manera muy clara, pues únicamente a través del proceso civil se les permite a los privados tomar parte del dinero público, de todos los contribuyentes, lo que no sucede con otras alternativas jurídicas que permiten la solución de conflictos como la negociación, la mediación o inclusive el arbitraje:

The genius of the free enterprise system generally is that it allocates society's goods fairly because it allocates to those who are willing to pay for them. Subsidies distort that process, and thereby deprive society of the benefits of the free market system. The public financing of private litigation is a good example. If the parties to a dispute elect to resolve it by negotiation, arbitration or some other nonlitigation alternative, they bear the costs themselves. But if they choose to litigate, a substantial portion of those costs are provided at public expense. We vest in those parties, therefore, an ex officio authority to appropriate public money for their own benefit.

Why, for example, should the public subsidize a lawsuit between Greyhound and IBM, or between Litton Industries and AT&T? Surely others are more in need of public welfare benefits. Yet, in each of those suits the public paid the bill for thousands of hours of court time-at several hundred dollars per hour to determine which of these corporate giants owed the other money (Lee, 1985, pág. 269).

La pregunta es indispensable puesto que, principalmente, quienes se ven beneficiados con la resolución de una controversia concreta son tanto el demandante como el demandado. Ellos han resuelto su disputa y las consecuencias solo son para ellos. De lo

anterior se desprende que los intereses de las partes y los intereses públicos en los que se basa el proceso no estén alineados (Shavell, 2003)<sup>32</sup>.

En esa misma línea, Cooter y Ulen (Law and Economics, 2016) señalan que un proceso impone costos sustantivos en los Estados, que van desde la infraestructura, hasta los salarios de los jueces y el personal. Sin embargo, el principal problema radica en que no es posible determinar cuánto de ese costo está realmente subsidiado y cuánto no. Sin perjuicio de ello, como hemos visto en el Perú a raíz de la estadística judicial, el Estado asume en su mayoría el costo de litigar, al igual que en Chile como reportan los profesores Correa, Peña y Vargas (Correa , Peña, & Vargas, 1999, pág. 34).

Además, resulta pertinente ver a quiénes financiamos los contribuyentes. Lamentablemente, no existe estadística pública por parte del Poder Judicial, pero Chile puede brindarnos un punto de referencia interesante. Ahí se reportó que el 36% de las demandas eran presentadas por instituciones del sistema financiero, 10% por tiendas comerciales grandes y 36% por otras sociedades. Solo el 17% de los demandantes eran personas naturales (Correa , Peña, & Vargas, 1999, pág. 34).

Frente a ello, los defensores de los sistemas públicos plantean varios argumentos que permiten extraer la existencia de beneficios para la sociedad derivados del litigio entre dos partes privadas. Por ejemplo, Genn sostiene que los beneficios sociales de la aplicación de la ley públicamente es permitir modelar el comportamiento de los individuos y generar confianza para realizar transacciones:

The civil law maps out the boundaries of social and economic behaviour, while the civil courts publicly reaffirm norms and behavioural standards for private citizens, business and public bodies. Bargains between strangers are possible because rights and responsibilities are determined by a settled legal framework and are enforceable by the courts if promises are not kept (Genn, 2010, pág. 3).

---

<sup>32</sup> Shavell, sostiene que “there is a divergence between the social and the private costs of suit that can lead to a socially excessive level suit. Specifically, when a plaintiff contemplates bringing suit, he bears only his own costs; he does not take into account the defendant’s costs or the state’s costs that his suit will engender. Hence, the plaintiff might be led to bring suit when the total costs associated with suit would make that undesirable”.

Sin embargo, no es posible negar que los mercados privados de resolución de controversia también permiten modelar el comportamiento de los litigantes. Tal vez, el ejemplo más extendido es el de los mercaderes que adecuaban sus conductas y resolución de sus conflictos conforme a la costumbre imperante entre ellos (Tovar Gil, 2004) (Benson, Justicia Sin Estado, 2019).

Otra razón, sobre la que también hemos discutido en los Capítulos previos, al determinar la naturaleza económica del servicio de justicia es la existencia de externalidades positivas derivadas del precedente. Tanto Texeira como Posner y Landes coinciden en que desde el punto de vista económico el precedente reporta beneficios; sin embargo, sus beneficios dependen de la extensión y alcance de los precedentes.

De hecho, para Benson cuando el precedente genera beneficios privados que son de interés para las partes o para ciertos grupos, surgen sistemas privados que asemejan el funcionamiento del precedente:

Landes and Posner (1979), Bruner (1987) and others who see in arbitration a failure to create external benefits appear to take the characteristics of some arbitration and extrapolate them to all arbitration, assuming that arbitration is a much more homogenous commodity than it really is. But if external benefits are significant there are strong incentives to internalize them, so when precedents become important institutional adjustments are likely to be made. Indeed this provides traders with one of the incentives from groups such as trade associations and diamond bourses which clearly can internalize benefits of precedents. Within such an organization, it is easy to imagine a contractual arrangement that creates incentives to minimize disputes by setting clear precedents (for example, consider arbitrator who compete to receive a lump-sum fee under a contract to handle all of the disputes between members of a particular organization over a particular period of time, or arbitrator chosen from the membership association who have high opportunity cost if they encourage excessive disputes in the form of time spend away from their business pursuits, and who also personally benefit from clear precedents (Benson, Arbitration, 1999, pág. 172).

De lo anterior se desprende que también es posible derivar e internalizar beneficios privados a raíz de la emisión de decisiones con un alcance mayor a únicamente las partes, bajo una lógica similar a la del precedente. Además, el enfoque de investigación de esta propuesta está centrado en la resolución de conflictos y no en las decisiones con efectos generales.

Sin perjuicio de ello, aun cuando se reconozcan beneficios sociales derivados de la resolución de conflictos, estos no permiten justificar que los contribuyentes asuman casi el 100% de los costos de litigar. Los profesores Cooter & Ulen plantean el problema en los siguientes términos, basados en el sistema jurídico norteamericano:

While no one knows how large the subsidy is, we can say something about how large it ought to be. Deciding disputes and making laws differ in this respect: A decision mostly affects the plaintiff and defendant, whereas a new, generally accepted precedent affects many people. This difference is fundamental to the economics of trials. When an appeals court decides a matter of law, the precedent affects many people other than the parties to the dispute. Because the parties to the dispute do not internalize most of its effects, they should not pay most of its costs. **The state should subsidize appeals on matters of law because of the public value of precedent. This argument does not apply to deciding disputes that mostly affect the plaintiff and defendant. When the law is settled and the dispute concerns the facts, the effects of its resolution do not go beyond the parties.** Consequently, the case for subsidizing trials to resolve private disputes is much weaker than the case for subsidizing trials to make law (Cooter & Ulen, Law and Economics, 2016).

En ese sentido, desde el punto de vista económico, no existe ningún sustento para que los contribuyentes asuman el 100% o la mayoría de los costos de litigar.

Por ello, en la siguiente sección demostraremos que los litigantes deben asumir los costos de litigar y en qué proporción.

- ii. La implementación del sistema de precios para combatir el problema de la congestión.

El sistema de precios permite alinear los intereses en los intervinientes en un mercado. Así, a través del precio, es posible encontrar el equilibrio entre la oferta de un producto y la cantidad demandada, es decir, se tiende a evitar situaciones de sobreproducción o sobreuso/sobreconsumo. Y, cuando se presentan distorsiones (en un gran número de mercados) el precio permite equilibrar la situación (Demsetz, 2001). Precisamente, Stigler sostiene que “requiere de tiempo para que todos los consumidores reasignen su presupuesto y reconsideren las valoraciones del servicio cuyo precio ofertado varía en comparación con otros productos” (Stigler, 1949, pág. 94).

Específicamente, en el caso del servicio de resolución de conflictos en materia civil y comercial, diversos autores han analizado la posibilidad de establecer un sistema de precios, para reconocer los incentivos privados de los agentes al iniciar un proceso y evitar una situación de sobreuso. La lógica detrás de ello es simple: si demandar (iniciar un proceso judicial) me cuesta 10, únicamente lo iniciaré cuando los beneficios derivados permitan cubrir esos costos y generar una ganancia, es decir, más de 10 (para cubrir mis costos). Esta situación llevaría a que únicamente se lleven a cabo los procesos que reportan un beneficio desde el punto de vista económico.

Así, quienes plantean un sistema de precios señalan lo siguiente:

Thus, an important feature of the privatization of justice scenario is that, at least in civil litigation, it allows litigants the ability to choose the mode of dispute resolution by contract. **With privatization, litigants could choose from a variety of dispute resolution options at different prices.** A private version of the traditional system with the full panoply of discovery rights and procedural protections, including trial by jury, might be a high-cost option. Binding arbitration with limited discovery and an abbreviated hearing might be a low-cost option. The market would not provide dispute resolution modes that did not attract enough customers to make them profitable. In this sense, choices about the nature of the process would be made by the market resolution would be introduced by entrepreneurs seeking to capture market share by introducing more attractive dispute resolution options (Solum,

Alternative Court Structures in The of The Future California Judiciary: 2020 Vision, 1993, pág. 2140).

La cita anterior hace referencia a una privatización en términos absolutos, en la que el mercado por sí mismo brinda las alternativas para la solución de controversias entre las partes. Finalmente, a través de las interacciones, se generarán las mejores alternativas para satisfacer las necesidades de solución de conflictos, como sucede con cualquier bien del mercado.

De igual manera, en un reciente reporte del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico sobre el sistema de justicia en el Perú, los investigadores propusieron que el sistema debe ser pagado por las partes de tal forma que se refleje el costo real del servicio. Agregan que “se puede crear diferencias de costos dependiendo del tipo de proceso (sumario o normal), el cual no dependerá de criterios formales preestablecidos, sino de la voluntad de la parte por pagar más o menos” (Sumar, Mac Lean, & Deustua). La propuesta conjuga no solo los costos del servicio de justicia, sino que también incluye la selección del tipo de proceso que desean las partes. Lo importante a este punto es que se reconoce que un proceso con una etapa probatoria más extensa (por ejemplo, con la inclusión de diversas declaraciones testimoniales y periciales) es más costoso que un proceso en el que todos los medios de prueba son documentos y esos costos deben ser asumidos por las partes.

De hecho, en el debate constituyente cuando se pronunciaron sobre el artículo que consagra la gratuidad de la justicia, el constituyente Chirinos Soto sostuvo la opinión de que “[s]i algún litigante, en un juicio por un millón de soles, lleva a un juez de primera instancia a una inspección ocular a 30 kilómetros de Lima y le toma todo el día, esta diligencia le tiene que costar” (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

El profesor Shavell sostiene que lo que subyace a buscar que las partes asuman los costos de litigar es una lógica económica simple e insertada en la sociedad que naturalmente quiere que cada uno asuma el costo de los servicios que disfruta. Así, “if a farmer uses the services of a government veterinarian, we would want him to pay for the veterinarian’s time, for then the farmer will use veterinary services when and only when he places a value on them exceeding their cost” (Shavell, 2003, pág. 7).

Lamentablemente, el precio no es una solución fácilmente aplicable a todos los problemas de mercado. La complejidad está en que los beneficios personales y sociales derivados de una simple transacción para servicios de veterinaria, no necesariamente, pueden ser replicados en el ámbito de los servicios de justicia:

But when a person brings suit, his benefit is, as stressed, generally different from the social benefit. Hence, **it is not clear that making him pay the full social costs of suit will lead to a better decision from society's perspective.** (More to the point, perhaps, we know that the policy of making plaintiffs pay for the state's costs cannot be desirable in all cases, because we know that it might discourage suit when suit would be socially beneficial) (Shavell, 2003, pág. 7).

Si bien el profesor Croley reconoce que no todo proceso judicial reporta beneficios sociales (lo que es lógico), también sostiene que no es posible sostener que un sistema privado o, dicho de otra manera, en el que las partes asumen el 100% de los costos de litigar, es beneficioso (Croley, 2017). Lo que sucedería, como advertimos al inicio de esta sección, es que se iniciarán solo aquellos procesos cuyos beneficios esperados exceden a sus costos esperados, es decir, los litigantes no tendrían cómo tomar en cuenta la existencia o no de beneficios sociales de litigar. De esa forma, al igual que cualquier actividad que genera externalidades positivas que no son aprovechadas o internalizadas, se generaría un nivel de procesos judiciales inferior al óptimo (Mankiw, 2012, págs. 218-219).

Así, uno de los beneficios sociales que argumenta la doctrina, incluyendo a los profesores Landes y Posner, son la existencia de precedentes, pues al igual que una ley tienen un alcance general que permite extender la aplicación de la ley (o una interpretación de ella) más allá del caso en concreto en beneficio de la sociedad, por lo que es necesario considerar este beneficio al establecer el financiamiento del sistema:

The question on how to finance adjudication feeds back into the original question of whether judicial services can be efficiently provided by the market. Insofar as it is difficult or impossible to finance these services out of user fees, as in the case of precedent creation, the attractiveness of private provision is reduced, because it is difficult to see how these services would

be financed in a free market except on user-fee bases. This point reinforces our earlier suggestion that the precedent-creating function of adjudication, more than dispute-resolving function, may invite public intervention in the judicial-services market (Posner & Landes, *Adjudication as a Private Good*, 1979).

Otro ejemplo, está inspirado en permitir las denominadas class-action pues permiten que las partes aprovechen y economicen los beneficios conjuntos de resolver casos originados en los mismos hechos, pero a distintos sujetos (Croley, 2017, págs. 36-37).

Es innegable que ambos supuestos reportan beneficios sociales; sin embargo, hay una diferencia sutil que debe ser anotada. En el segundo caso, los sujetos beneficiados, están claramente identificados (los codemandantes del class-action); mientras que en el primero, los beneficios sociales son generales porque no es posible identificar a cada uno de los miembros de la sociedad beneficiados.

Sin embargo, como hemos visto este beneficio social tampoco podría llevarnos a sostener que se puede justificar un sistema ampliamente subsidiado como el actual. Como explica Texeira “the negative externality of court congestion by far offsets any value resulting from the positive externality of precedent or case law production. This conclusion renders moot any economic argument for the provision of subsidies for litigation for the purpose of increasing precedent or case law production” (Texeira, 2010, pág. 662).

Por ello, su conclusión es que se deben crear mecanismo que prevengan la sobreexplotación del sistema de justicia, a través del reconocimiento de la naturaleza económica de las cortes que debe conllevar a algún tipo de racionamiento (Texeira, 2010, pág. 662).

En ese contexto, los profesores Cooter y Ulen, en opinión que comparto, sostienen que los costos deben ser balanceados entre: (i) las partes litigantes (por los beneficios derivados directamente de la resolución de su conflicto); y, (ii) por el Estado (por los beneficios sociales derivados de los precedentes):

While no one knows how large the subsidy is, we can say something about how large it ought to be. Deciding disputes and making laws differ in this respect: A decision mostly affects the plaintiff and defendant, whereas a new,

generally accepted precedent affects many people. This difference is fundamental to the economics of trials. When an appeals court decides a matter of law, the precedent affects many people other than the parties to the dispute. Because the parties to the dispute do not internalize most of its effects, they should not pay most of its costs. **The state should subsidize appeals on matters of law because of the public value of precedent. This argument does not apply to deciding disputes that mostly affect the plaintiff and defendant.** When the law is settled and the dispute concerns the facts, the effects of its resolution do not go beyond the parties. Consequently, the case for subsidizing trials to resolve private disputes is much weaker than the case for subsidizing trials to make law (Cooter & Ulen, Law and Economics, 2016, pág. 412).

Precisamente, en el Reino Unido, las cortes civiles son predominantemente financiadas de manera directa por los litigantes casi en totalidad. De esa manera, los litigantes asumen hasta el 80% los costos del proceso mientras que el Estado solo el 20% (Ministerio de Justicia del Reino Unido, 2009, pág. 63). Ello demuestra que es factible tener un sistema donde la mayor parte del costo (sino todo) es asumido por los litigantes.

Por lo tanto, resulta plenamente posible asignar los costos de litigar a las partes y existen mecanismos de mercado que permiten disminuir el riesgo y aumentar el acceso a la justicia de los litigantes.

Si bien este trabajo no pretende abordar el porcentaje de subsidio que debe existir, desde el punto de vista teórico, coinciden los profesores Peña y Correa en que las partes deben asumir los costos de litigios subsidiados únicamente en el extremo relacionado con la emisión de precedentes que genera beneficios sociales:

[El Estado] cobre tasas a los litigantes que cubran el importe del servicio proporcionado menos el monto proporcional de las externalidades generadas. Solo poniéndole un precio a la justicia se evitará el litigio ineficiente y se salvará al sistema del colapso (Correa, Peña, & Vargas, 1999, pág. 37).

Hasta este punto hemos analizado que las partes deben asumir costos de litigar; sin embargo, ¿cuál de las partes?

Existe una infinidad de formas, pero dos reglas son las imperantes en la regulación procesal: (i) la regla americana según la cual cada parte asume sus costos; y, (ii) la regla británica que prevé que la parte perdedora del litigio asume los costos. En ese contexto, resulta pertinente analizar los efectos de las fórmulas planteadas para asignar los costos del proceso a fin de alinear los intereses privados.

Una de las fórmulas más importantes que se ha planteado y que, de alguna manera u otra, se encuentra en los códigos procesales es la condena de costos a una las partes litigantes. Sin perjuicio de que dicha regulación está basada en sistemas en su gran mayoría subsidiados por el Estado, los efectos en los litigantes nos permitirán derivar información relevante en el supuesto que las partes asuman los costos de litigar sin subsidios o con subsidios menores (como hemos propuesto y sostenemos que debería ser).

El profesor Priest, sostiene que bajo la regla de que el perdedor demandado paga, se tiende a aumentar el precio de las transacciones, pues las partes incluirán entre sus costos el hecho de que el perdedor paga. En ese supuesto, existe una posibilidad mayor de que el demandante convenza al demandado de que está dispuesto a llevar a cabo la acción legal (Priest, 1989, pág. 166). Más aún porque, si la probabilidad de éxito estimada es alta, no solamente accedería a los daños reclamados sino un gran porcentaje de los costos de litigar.

En ese contexto, Shavell explica que el hecho de que los costos legales tiendan a aumentar genera un incremento en las chances de llegar a un acuerdo (Shavell, 2003, pág. 12). De igual manera, Cooter y Rubinfeld también sostienen que una regla en la que el perdedor paga los procesos tiende a incrementar los costos de litigar, lo que repercute en la posibilidad de una transacción (Cooter & Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, 1989, pág. 1073).

Por su parte, bajo la regla americana en la cual cada parte cubre sus costos, se tiende a tener un mayor cuidado con la inversión realizada en los litigantes; sin embargo, también se debe tener en cuenta que esos costos de todas maneras tendrán que ser asumidos por cada parte lo que tiene efectos en la decisión de litigar o no. Al tener que asumir sus propios costos, una parte solo iniciará una controversia racionalmente en términos económicos cuando los beneficios potenciales derivados del resultado del proceso le permitan cubrir los costos (Priest, 1989).

Otra alternativa, relacionada con la promoción a favor de las transacciones es una regla según la cual el demandante debe asumir los costos de defensa del demandado si antes del inicio del proceso ha recibido una oferta más favorable que el resultado de la sentencia. De este modo, se busca que los costos de litigar sean analizados y asumidos de la forma más eficiente posible entre las partes. Sin embargo, se trata de una situación particular (Priest, 1989).

Ante estas opciones, el Juez Neely sostiene que un sistema donde la parte perdedora asuma los costos de abogados de la parte vencedora generará menor carga de litigios:

A new system of allocating attorneys' fees and other litigation expenses is not a panacea for all frustration with the courts. However, the specter of wrongdoers escaping liability by outgunning just claimants in the attorneys' fees showdown should persuade us that our current rule that attorneys' fees can seldom be awarded is highly questionable and should be revised (Neely, 1983, pág. 177).

En mi opinión, la regla de la parte vencedora representa un estándar más razonable, pues permite que la parte que se ha visto obligada a litigar con razón en el fondo pueda recuperar sus costos de defensa legal y los costos del proceso. Además, permite que se inicien procesos en supuestos en los cuales los litigantes no necesariamente cuentan con fondos para sufragar un proceso, pero los abogados evalúan una razonable posibilidad de éxito y podrían estar dispuestos a pactar una cuota *litis*, lo que permite ampliar el acceso a la justicia. De hecho, es la regla vigente en el artículo 412 del Código Procesal Civil (1992).

Adicionalmente, cuando se han planteado críticas a este sistema se ha señalado que, para el caso del Perú, el principal problema es la falta de predictibilidad, lo que no permitiría a las partes determinar de manera clara la probabilidad de éxito de su caso (Iñiguez, 2017). Sin embargo, el problema de la falta de predictibilidad puede ser superado, como bien explica el profesor Bullard en un sistema en el que los intereses privados estén correctamente alineados:

Si dos comerciantes saben que pueden tener un conflicto y quieren reglas predecibles y adecuadas, entonces escogerán árbitros que tengan

conocimiento de esas reglas y entiendan su lógica y principios. El resultado será un círculo virtuoso en el que los árbitros predecibles son elegidos, y al decidir hacen a la vez predecibles las reglas para un futuro (Bullard, Comprando justicia: ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?, 2007, pág. 80).

Finalmente, esta regla obligará a las partes a considerar todos los costos en los que se debe incurrir para activar el sistema de justicia. Así, la decisión de demandar o no implicará un mayor análisis de beneficios y costos.

Por lo tanto, las partes deben asumir los costos de litigar con un subsidio únicamente limitado a los beneficios sociales derivados de la emisión de precedentes. Lo anterior, bajo una regla de que los costos son asumidos por la parte vencida. De esta manera, se reducirá la congestión judicial, pues se logrará que se inicien procesos judiciales en el punto óptimo, en la medida que los litigantes deben asumir el costo de la justicia.

iii. ¿Qué sucederá con las controversias que no son económicamente razonables?

Una de las principales críticas del sistema de precios es que muchos agentes jurídicos se quedarán sin iniciar procesos judiciales porque los litigantes no cuentan con liquidez para asumirlo o porque los costos de llevar a cabo un juicio son mayores que los beneficios que reportaría.

En aquellos supuestos en los que los litigantes no puedan asumir los costos para acceder al sistema, el mercado generará la mejor fórmula para financiar a esos litigantes.

Por ejemplo, en caso del Gobierno de Australia ha señalado que para asumir los costos del proceso el mercado provee a los litigantes de una serie de mecanismos que les permiten acceder a los procesos judiciales, aun cuando tienen que asumir sus costos. Uno de los mecanismos más utilizados en el mundo y que ha estado prohibido en Australia hasta hace poco es el hecho de que los abogados cobren una cuota *litis* derivada del resultado del proceso y brinden financiamiento de sus servicios, asumiendo un riesgo. Evidentemente, el abogado evalúa el litigio para determinar el porcentaje de éxito que podrá tener el caso (Comisión de Productividad del Gobierno de Australia, 2014, pág. 22). De lo anterior, se pueden extraer dos beneficios: (i) las controversias que no tengan potencial (por los hechos o el derecho) no serán sometidas al Juez, evitando litigios

innecesarios; y, (ii) no se priva de la justicia a aquellos casos con posibilidad alta de éxito, pero en los cuales los litigantes no cuentan con fondos para financiarlos.

Otro de los mecanismos existentes son los sistemas de subsidios privados cruzados entre litigantes a través de los seguros que son ampliamente utilizados en Inglaterra. Así, existen principalmente dos tipos de mecanismos:

In ‘after the event (ATE)’ funding mechanisms, claimants pool the value of their claims to cover the costs of their own access to justice and/or insure themselves against the risk of having to pay their opponents’ costs. In the case of ‘before the event’ (BTE) insurance, would-be litigants spread the risk that they will have to make or defend a claim with other would-be litigants (Higgins, 2017, pág. 697).

Con respecto a aquellas disputas o controversias legales que existen igualmente pero que no es eficiente que sean llevadas a un proceso judicial, si el perdedor debe asumir los costos, la parte demandada tendrá incentivos para llegar a una transacción o de lo contrario tendrá que pagar por un proceso ineficiente.

Además, esta propuesta en modo alguno pretende señalar que dichas controversias deben ser resueltas por la propia mano o a través de la fuerza. Ello simplemente no sería aceptable desde el punto de vista de los derechos humanos y del ámbito económico tampoco. Sin embargo, considero que la respuesta no se ubica en el derecho a iniciar un proceso judicial altamente costoso, sino a buscar y crear mecanismos alternativos.

Es parte de lo que los profesores Marco de Benito y Huerta de Soto denominan un orden jurídico espontáneo en el caso del arbitraje internacional para resolver controversias comerciales (De Benito & Huerta de Soto, 2015). Ya los ejemplos de justicia en comunidades primitivas o la justicia de paz vistos en el Capítulo I, nos demuestra la existencia de otras vías para solucionar controversias que no justifican (desde el punto de vista de los costos económicos) ser llevadas a cabo. De hecho, los profesores Landes y Posner sugieren que uno de los sustitutos a iniciar procesos judiciales son las cláusulas penales o las garantías de ejecución inmediata, pues verificado el supuesto pueden ser directamente ejecutadas.

Por otro lado, las alternativas digitales y tecnológicas también permitirán crear nuevos mecanismos a través de la contratación digital para recuperar o efectuar cobros que hoy solamente son posibles a través de una ejecución judicial. Sin embargo, la agilidad de la contratación digital nos lleva a distintos escenarios. Así se ha llegado a señalar que:

Los mecanismos de odr, aplicados a la solución de controversias derivadas del comercio electrónico, permiten que los contratantes tengan la certidumbre de que, por más que la cuantía de su reclamo sea baja, pueden dar curso a un procedimiento extrajudicial confiable, económico y expedito, en el mismo ambiente en línea en el cual celebraron su transacción (González & Albornoz, 2014, pág. 16)

De hecho, desde la perspectiva constitucional se ha señalado que el Estado debe promover que las partes encuentren formas de resolver sus controversias no con la ayuda de un tercero. Así, en el voto singular del Magistrado Sardón del TC en una controversia sobre arbitraje potestativo señaló lo siguiente:

Para el artículo 62 de la Constitución, en efecto, el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos contractuales. Como tal, está habilitado solo cuando ha sido previsto en el propio contrato, esto es, en una cláusula arbitral. Ciertamente, el Estado puede establecer que el arbitraje es la vía obligatoria para resolver los conflictos que surjan en la ejecución de los contratos que él mismo celebra. El arbitraje puede ser obligatorio para la contratación estatal. Sin embargo, el Estado no puede establecer que un particular —sindicato— pueda obligar a otro particular —empresa o asociación— a ir al arbitraje, ya que éste supone, necesariamente, un acuerdo libre de voluntades. El “arbitraje potestativo”, además, vacía de contenido el derecho fundamental reconocido por el artículo 28 de la Constitución a la negociación colectiva, convirtiendo el trato directo, la conciliación y la mediación en meros formalismos. La Constitución busca que el Estado fomente, estimule y aliente que los propios involucrados resuelvan sus diferencias mediante el diálogo constructivo, no que terceros lo hagan por ellos (Voto Singular José Luis Sardón, 2021).

Así pues, en base a dicha perspectiva, se deberá incentivar otros mecanismos eficientes y basados en las partes para que puedan resolver sus controversias, sin necesidad de acudir a un proceso cuyos costos son mayores que sus beneficios.

Por lo tanto, en términos generales, el hecho de que existan procesos que no justifiquen el inicio de un proceso judicial en modo alguno debe ser entendido como una respuesta negativa a que se resuelva la controversia. Por el contrario, lo que deberá suceder es que se creen y promuevan nuevos mecanismos que permitan a las partes satisfacer sus derechos sin que ello implique un sobreuso del sistema judicial, pues como hemos visto, a través de asumir los costos del proceso se podrá evitar una tragedia de los comunes como la descrita por el Juez Neely para las cortes (*Why Courts don't work?*, 1983).

Sin perjuicio de lo señalado y en atención al cambio de sistema que se propone, considero que existen dos alternativas que permitirían reducir los costos y subsidiar a las personas de bajos recursos. La primera de ellas es a través de un esquema de subsidios cruzados, en los que los litigantes con casos de mayores cuantías subsidian parte de los costos de los casos de menor cuantía (Higgins, 2017). La segunda es el subsidio directo por parte del Estado a aquellos que demuestren que no cuentan con los recursos necesarios para acceder al sistema (Vargas, Peña, & Correa, *El rol del Estado y el mercado en la justicia*, 2001). Considero necesario realizar una evaluación económica que permita determinar el punto en el que se deben fijar los subsidios.

#### **E. Conclusión e integración de las propuestas**

Esta tesis no pretende crear una respuesta integral a todos los problemas del Poder Judicial y la resolución de controversias en materia civil y comercial, sino que tiene como único propósito plantear tres propuestas que permitirán alinear los intereses privados de las partes (las verdaderas dueñas del proceso civil) con el objetivo principal de reducir la congestión de las cortes en la primera instancia civil y comercial con exclusión de asuntos hereditarios, de familia y de responsabilidad civil.

Precisamente, el gran problema abordado en los Capítulos I y II ha sido que el sistema de justicia civil y comercial está basado en el interés público y busca plasmar el derecho objetivo para lograr la paz en justicia. Lamentablemente, en el análisis efectuado, bajo la perspectiva del análisis económico del derecho, ello ha sido lo que ha llevado al sobreuso

del Poder Judicial porque los requisitos para inicio de procesos judiciales y las reglas para su desarrollo están desalineadas con los incentivos privados a los que responden las partes litigantes.

En ese contexto, lo que estas propuestas pretenden – vistas en su conjunto – es que el proceso judicial ya no responda únicamente a intereses públicos, sino que tome en consideración los intereses de quienes son los únicos dueños del proceso: las partes, con el objetivo de reducir la congestión judicial y generar un proceso eficiente que permita resolver conflictos de forma expeditiva.

Si las partes deben asumir los costos de litigar (en gran medida, menos el subsidio derivado de las externalidades positivas de la emisión de precedentes), únicamente iniciarán los procesos que sean económicamente beneficiosos. Es decir, aquellos procesos cuyo beneficio (ganancia esperada en un proceso multiplicado por la probabilidad de éxito estimada y tomando en cuenta la tasa de descuento) sea mayor que los costos (en sentido amplio) de tramitar el proceso. Ello implica una mayor evaluación de las partes sobre los resultados que obtendrán de su controversia e incentiva a utilizar el Poder Judicial de manera eficiente, sin generar mayores costos que beneficios.

En ese sentido, si luego las partes gozan de la potestad de diseñar el proceso atendiendo a las circunstancias particulares de su caso y sus preocupaciones, podrán diseñar un proceso que sea eficiente. Ello significa que solo se invertirán los recursos necesarios para lograr una resolución adecuada para la controversia, de la forma más célere posible. No será un proceso estándar, sino adecuado en costos y tiempo a las necesidades concretas del caso.

Finalmente, si, en ese contexto, las partes tienen la posibilidad de designar a un juez que pueda plasmar y ejecutar el procedimiento acordado por las partes, pero además pueda comprender el fondo de la controversia para resolverla tomando en consideración el negocio de las partes y la implicancia de su decisión en base a su nivel de especialización, se logrará un proceso aún más eficiente y rápido tomando en cuenta la curva de aprendizaje de un no especialista. Además, esta propuesta permite crear un mercado competitivo con una mayor oferta.

En suma, se trataría de un proceso que verdaderamente responda a la necesidad de las partes en un caso concreto. Una justicia para los actores más relevantes en un proceso civil, las propias partes.

En conclusión, la eficiencia que buscan estas propuestas necesariamente tendrá como consecuencia una reducción en la cantidad de procesos hasta el punto de no sobreuso del sistema. Además, aquellos procesos que se inicien contarán con los incentivos suficientes para que se resuelvan de forma más rápida y menos costosa, en la medida que las reglas podrán ser acordadas entre los litigantes y los jueces podrán ser elegidos por ellas.

**V. CAPÍTULO IV**  
**UNA MIRADA DISTINTA DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y**  
**LOS DERECHOS “FUNDAMENTALES” SOBRE EL PROCESO**

Luego de haber determinado que el servicio de justicia civil y comercial es un bien predominantemente privado (en su aspecto de resolución de conflictos), cuyo diseño debe responder a incentivos de dicha naturaleza, en esta sección analizaremos si esta concepción y las propuestas realizadas en el Capítulo III son contrarias al derecho de acceso a la justicia y a los derechos constitucionales de naturaleza procesal.

Para ello, primero, analizaremos la situación actual de goce del derecho tomando en cuenta la congestión del sistema. Luego analizaremos los otros derechos a la luz de las propuestas realizadas. Finalmente, nos pronunciaremos sobre propuestas de cambios constitucionales para viabilizar las propuestas.

#### **A. Las propuestas no afectan principios esenciales de nuestro sistema constitucional**

Una de las principales objeciones que se plantea a la tesis de que el sistema de justicia civil y comercial responda a incentivos privados en su diseño es que se afecta principios básicos constitucionales para la provisión de la justicia. La principal de todas las objeciones es que se afecta el derecho de acceso a la justicia porque se prohibirá a los sujetos resolver sus controversias de carácter civil y comercial, así como otros derechos de la misma naturaleza. En ese sentido en esta sección discutiremos las principales objeciones, para demostrar que la propuesta no vulnera principios básicos de justicia.

##### **i. El acceso a la justicia**

En el Capítulo I, hemos determinado en base a la estadística disponible del Poder Judicial que existe una situación de sobreuso del sistema de justicia, es decir, el uso (activación del sistema) es más allá del eficiente. Ingresan más casos de los que resulta posible que los jueces resuelvan. Ello genera que el mecanismo para asignar el recurso (resolución de conflictos) sea la espera.

En ese contexto, el Juez Neely explica que el diseño del sistema actual implica que todos los ciudadanos deben pagar el mismo “precio” para satisfacer su demanda de justicia, el tiempo:

Since a place in line cannot be sold or exchanged, all litigants must pay essentially the same price for use – a price, that bears no relationship to the

urgency of individual needs or the importance to the public of certain issues like highways or power plant construction. The currency in which the price access to courts is paid is what economist call “dead weight loss” currency that is of no value anyone else (Neely, 1983, pág. 165).

El profesor Benson (Justicia Sin Estado, 2019, pág. 153) señala que la cola de espera funciona como un sistema de racionamiento. Es decir, tiene detrás la misma lógica que el precio, pero el tiempo (en teoría) es un recurso del que todos disponen. En ese contexto, conviene preguntarse si este sistema actual con los altos índices de congestión representa una vulneración al derecho de acceso a la justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-1249/04 (Caso Marielina Calvo, 2004) ha abordado el asunto de la mora judicial y la vulneración al derecho de acceso a la justicia. Así, la Corte ha señalado que sí existe vulneración del derecho de acceso a la justicia cuando la vulneración de los plazos judiciales (demora judicial) no se encuentra justificada, es decir, se trata de una “falta de diligencia y [...] omisión sistemática” por parte de los funcionarios<sup>33</sup>. Sin embargo, sin mayor explicación también señala que “la existencia de problemas estructurales de exceso de carga laboral” es una situación que justifica el retraso judicial, por lo que en ese supuesto no existiría vulneración del derecho de acceso a la justicia. Únicamente reconoce que habría afectación ante problemas estructurales cuando el “peticionario se encuentre ante un perjuicio irremediable”.

Entonces, para la Corte Constitucional la situación permanente de congestión del sistema de justicia no vulnera el acceso de la justicia, aunque sí reconoce que existe una correlación entre la dilación y el referido derecho (cuando hay falta de diligencia).

Lo cierto es que, desde el sector doctrinario, se ha sido más enfático en afirmar que la gran congestión existente en el sistema de justicia actual repercute negativa en el derecho de acceso a la justicia, debido a “la voluminosa congestión de los despachos judiciales con una serie de expedientes pendientes por resolver, que hacen que los procesos tarden demasiado” (La Rosa, 2009, pág. 121). Lo anterior es visto como una “barrera que el

---

<sup>33</sup> Aún más, la Corte señala que “Hay una relación de conexidad necesaria entre el concepto de plazo razonable y de dilaciones injustificadas, cuya configuración en el curso de un proceso da lugar a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso”.

propio sistema de justicia origina por su concepción o diseño, y que conducen a que los ciudadanos no recurran a aquel” (La Rosa, 2009, pág. 121).

De hecho, con respecto al sistema de justicia de los Estados Unidos de América, se sostiene que la mayoría de las estimaciones determinan que existen dos a tres quintos de las necesidades de justicia civil de la clase media que no son atendidas por demora en la provisión de justicia (Rhode, 2004, pág. 2).

Por lo tanto, con un sistema de justicia altamente congestionado como el que tenemos actualmente en el Perú según hemos visto en el Capítulo I, el goce del derecho de acceso a la justicia se encuentra vulnerado porque no existe justicia oportuna o de calidad con la sobreexplotación del sistema. En realidad, como señala Texeira (2010), las políticas de promoción y acceso irrestricto a la justicia nos llevan a que, en lugar de garantizar derechos, se nieguen.

Por el contrario, las propuestas analizadas en el Capítulo III no representan una vulneración al derecho de acceso a la justicia, sino que son medidas que permiten el verdadero goce de ese derecho con justicia oportuna y ajustada a las necesidades de las partes.

Quienes se oponen a la perspectiva privada cuando hablamos de privatización de bienes comunes (aunque en este caso no estamos frente a uno) sostienen que la eficiencia no puede ser un parámetro de medida para alcanzar objetivos sociales (Partelow, y otros, 2019, pág. 750). Inclusive se ha señalado que la privatización (en sentido amplio) podría afectar el funcionamiento sistémico en general si parte del sistema legal se traslada al ámbito privado (Brodkin & Young, 1989, pág. 122).

En esa misma línea, la Corte Suprema del Reino Unido en el caso R (on the application of UNISON) (Appellant) v Lord Chancellor (Respondent) (2017) ha señalado que el acceso a la justicia es inherente al imperio de la ley y que la función de las cortes contribuye a ello, por lo que, se sostiene equivocadamente que la resolución de conflicto únicamente interesa a los usuarios cuando en realidad:

67. It may be helpful to begin by explaining briefly the importance of the rule of law, and the role of access to the courts in maintaining the rule of law. It may also be helpful to explain why the idea that bringing a claim before a

court or a tribunal is a purely private activity, and the related idea that such claims provide no broader social benefit, are demonstrably untenable.

68. At the heart of the concept of the rule of law is the idea that society is governed by law. Parliament exists primarily in order to make laws for society in this country. Democratic procedures exist primarily in order to ensure that the Parliament which makes those laws includes Members of Parliament who are chosen by the people of this country and are accountable to them. Courts exist in order to ensure that the laws made by Parliament, and the common law created by the courts themselves, are applied and enforced. That role includes ensuring that the executive branch of government carries out its functions in accordance with the law. In order for the courts to perform that role, people must in principle have unimpeded access to them. Without such access, laws are liable to become a dead letter, the work done by Parliament may be rendered nugatory, and the democratic election of Members of Parliament may become a meaningless charade. That is why the courts do not merely provide a public service like any other.

La Corte agregó que el asunto no se trata del valor particular que se genera a cada individuo que accede al sistema de justicia, sino su alcance general que se ve ejemplificado en los casos donde se establecen principios generales de derecho. Inclusive, sostiene que existen casos que no son deseables de que sean transados, porque no permiten resolver un asunto de genuina incertidumbre jurídica (en línea con la tesis de Owen Fiss). Finalmente, sostiene que:

But the value to society of the right of access to the courts is not confined to cases in which the courts decide questions of general importance. People and businesses need to know, on the one hand, that they will be able to enforce their rights if they have to do so, and, on the other hand, that if they fail to meet their obligations, there is likely to be a remedy against them. It is that knowledge which underpins everyday economic and social relations. That is so, notwithstanding that judicial enforcement of the law is not usually necessary, and notwithstanding that the resolution of disputes by other methods is often desirable (Caso R (on the application of UNISON) c. Lord Chancellor, 2017).

Igualmente, Genn sostiene que, a raíz del uso extendido de la mediación y su promoción como medio alternativo de solución de controversias, un gran grupo de controversias no son resueltas por los jueces y se pierden los beneficios de la aplicación de la justicia por el sistema judicial (2010, pág. 82). De la misma manera, Weinstein sostiene que:

Widespread privatization of dispute resolution has the potential to stunt the common law's development as entire areas of law are removed from the courts; deprive the public of important information, such as news of a product's harmful effects; deny plaintiffs the therapeutic benefit of having their "day in court;" degrade constitutional guarantees of the right to a jury trial; and prevent public debate and consensus-building in cases with national public policy implications

We should proceed cautiously in replacing our courts with alternative fora. Extrajudicial dispute resolution should often be a supplement to, not a substitute for, court-based adjudication. Its availability should not replace required procedural and substantive reform if the courts are to be able to handle properly those cases before them (Weinstein, 1996, págs. 245-246).

Por otro lado, Genn coincide con el profesor Owen Fiss en que el trabajo de los jueces no solo es asegurar la paz, sino además explicar y darles eficacia a los valores de la ley (Genn, 2010, pág. 86). Igualmente, Weinstein coincide en el punto en que son las cortes una de las instituciones las que permiten la vida en sociedad, pues influye en el comportamiento a la luz de la aplicación de las normas (Weinstein, 1996, pág. 248).

Adicionalmente, quienes ven demonios en la privatización o incluir incentivos privados en la provisión de bienes públicos, sostienen que la privatización no permite garantizar la neutralidad e igualdad de trato de los servicios prestados (Cordeli, 2018). Inclusive, se ha visto como una afectación a la dignidad (Harel, 2018, pág. 59)<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Harel específicamente señala que “[i]n a decision of the Supreme Court of Israel, the majority proscribed the privatization of a prison on the grounds that such privatization violates the dignity of the prisoners. The Court emphasized that its decision was based on principled reasoning: it is not that private prisons are less humane or less effective in rehabilitating prisoners. Rather, the Court argued, the special constitutional status of the right to personal liberty and the fact that it constitutes a condition for exercising many other human rights mean that the legitimacy of denying that liberty depends to a large extent on the identity of the party that is competent to deny that liberty and on the manner in which that liberty is denied”.

En esa misma línea, cuando el Ministerio de Justicia consultó a los jueces sobre si las partes debían asumir todos los costos del sistema de justicia, estos señalaron que era una medida potencialmente discriminatoria y que atentaban contra las bases constitucionales de su sistema legal (The response of the senior judiciary to the Ministry of Justice Consultation Paper Court Fees: Proposals for reform (Cm 8751), 2014).

Además, se ha advertido un supuesto problema de la resolución no definitiva de conflictos:

Because private courts would be subject to the discipline of the market, the proprietors of such courts would have an incentive to be efficient; public courts are run by bureaucrats who are not subject to the discipline of the market. There are, however, serious theoretical difficulties with the privatization scenario. Dispute resolution is standardly considered a public good. It is not clear that a private judicial system can work without the coordinating fallback mechanism provided by the public system. For example, more than one private court system might exist. It would be possible for a single dispute to be litigated in more than one system, and without the public courts to fall back on, there might be no mechanism for arriving at a final resolution of the conflict (Solum, *Alternative Court Structures In The Of The Future California Judiciary: 2020 Vision*, 1993, pág. 2144).

En ese contexto, cuando se ha impuesto arbitraje forzoso en Nueva York para los pagos de servicios realizados en la industria de la construcción se ha considerado que “This imposition of arbitration is unconstitutional because it deprives the party of the right to a hearing by a jury under the Seventh Amendment and its New York analog” (Tsimis, 2012, pág. 337). Ello, a pesar de que el arbitraje es también un mecanismo de resolución de controversias definitivo.

El Juez Neely resalta que la razón principal detrás de todo ello es que el sistema de precios (incentivo privado en el sistema de justicia) genera cierta resistencia social, pues se considera que ciertos grupos accederán antes a la prestación de bienes y servicios:

Throughout a free economy, the price system is usually the mechanism chosen to regulate the allocation of goods and services. Where a good or

service is in high demand but short supply, the price goes up and the users with the least urgent need or the least money drop out of the market. Price-system rationing, however, presents a significant equity problem: those with the most money get the most goods and services. Consequently, when necessities of life are in short supply, like food during World War II or medicine during an epidemic, there is a broad social resistance to allowing price-system rationing (Neely, 1983, pág. 171).

Sin embargo, el mismo sostiene que “yet every time demand for a good or service exceeds supply, some rationing system, either price or nonprice, will go into effect. In the case of the unregulated and thus overused common, the quality of the pasturage degenerates to such an extent that the weaker livestock die and leave enough for those who are strong enough to survive” (Neely, 1983, pág. 165).

Por ello, coincido con Texeira en que existe una contradicción en el hecho de defender un sistema de libre e irrestricto acceso a la justicia y al mismo tiempo señalar que la demora de justicia no permite gozar el derecho de acceso a la justicia:

One may notice the irony and clear contradiction of Cappelletti’s and others’ defense of free access to justice while simultaneously defending that court congestion is actually inaccessible justice (Texeira, 2010, pág. 661).

La razón detrás de ello es, como hemos demostrado, que el acceso irrestricto es una de las principales causas de la congestión y se vuelve un problema circular. De hecho, Texeira comenta el ejemplo de las cortes de menor cuantía de Brasil, pues presentan alto grado de congestión, a pesar de haber sido creadas para facilitar el acceso a la justicia:

In Brazil, small-claims courts are entirely free to use—they charge no filing fees—there is no need to be represented by a lawyer—up to a certain threshold—the loser incurs in no legal fee in cases of defeat, and the procedure is highly simplified. In other words, free access to the judicial system is granted as much as possible. The objective was to grant free access to adjudicative services and reduce court congestion. Obviously, as the tragedy of the judiciary and the congestion equilibrium theory predict, within

a very short period of time, the small-claims courts were [...] congested (Texeira, 2010, pág. 669).

Solo es un ejemplo práctico de una corte relativamente nueva que sufrió el mismo problema que todo el sistema. Debido a que se trataba de un servicio de libre acceso, se generó una nueva tragedia de los comunes. Ello, a su vez, impacta en el derecho de acceso de justicia, creando un círculo vicioso sin solución posible mientras se mantenga el mismo diseño del sistema de justicia.

Además, la estadística ha demostrado que el actual sistema de racionamiento a través de la cola afecta en mayor medida a los más pobres (aquellos a quienes presuntamente se quiere favorecer y cuidar), pues los que se benefician de los procesos judiciales gratuitos, por lo general, son las grandes empresas o bancos (es decir, se financia a grandes grupos económicos). Como hemos visto, ello ha sido acreditado con estadística en el caso de Chile<sup>35</sup>:

Los resultados indicaron que un 36% de los demandantes eran Bancos e Instituciones Financieras, un 10% eran grandes tiendas comerciales y un 36% lo constituían otras sociedades. Solo un 17% de los demandantes eran personas naturales. Son entonces las instituciones vinculadas al crédito quienes concentran la más alta proporción de este tipo de ingresos. Si a ello sumamos que muchas de las sociedades que aparecen corresponde a agencias de cobranzas que actúan representando a las primeras, lo que también sucede con las personas naturales – de hecho, 5 de ellas representaban aproximadamente un 75% de los que están contabilizados en esta categoría-, podemos afirmar que el sistema judicial opera hoy en día básicamente procesando las causas que le ingresan las grandes instituciones de crédito, sin que cobre por ello (Correa , Peña, & Vargas, 1999, pág. 34).

Adicionalmente, existen supuestos de litigación frívola permitidos por el diseño del sistema de justicia que también son financiados por los contribuyentes:

---

<sup>35</sup> Lamentablemente, en el Perú no existe data pública desagregada a ese nivel para determinar el uso del sistema. Pero Chile es un país de la región semejante con características similares, que bien puede ser tomado como referencia.

In addition to the low litigation costs, the discrepancy between slow and congested courts on the one hand and high litigation rates on the other indicates that the system tends to be misused by frivolous litigation. This has been also confirmed by our empirical analysis. Namely, the endogeneity of the litigation variable suggests that there might be greater incentives to file suits in courts that are more congested (and therefore face longer delays) and thus to misuse the system (Micevska & Hazra, 2004, pág. 22).

Como señala el profesor Priest (1989, pág. 559) la hipótesis del equilibrio de congestión sugiere que, para solucionar este problema, se requiere de algún medio de racionamiento del acceso a las cortes. Esto no significa dejar de brindar justicia en modo alguno, sino que efectivamente el sistema de justicia civil y comercial tenga un uso eficiente de recursos (en un mundo de recursos finitos) y no se convierta – como lo es ahora – en parte de la tragedia de los comunes que por sí misma afecta el derecho de acceso a la justicia.

Además, no existe sustento alguno para señalar que habrá un fallo sistemático en las relaciones sociales si el sistema de justicia responde a incentivos privados. El imperio de la ley y el funcionamiento de las relaciones comerciales no se ha visto afectado en el ámbito comercial internacional con el hecho de que las controversias sean principalmente resueltas a través de mecanismos privados como el arbitraje.

De hecho, en Inglaterra, como principio, los costos de litigar deben ser asumidos por las partes hasta el punto en el que se recuperan todos los costos de los servicios, con un nivel menor de subsidio de los contribuyentes para otros tipos de justicia como la familiar (Ministerio de Justicia del Reino Unido, 2021). Sin embargo, a pesar de que los litigantes asumen la mayor parte de los costos de justicia, no se considera que exista una afectación al derecho de acceso a la justicia:

The Treasury adopted a different view of civil justice. Like any other government service supplied to paying customers, the civil justice system was, apparently, thereafter to pay for itself. The entire cost, including the cost of the judges, was to be met from court fees (Genn, 2010, págs. 46-47).

En ese contexto, el Ministerio de Justicia del Reino Unido ha señalado que la regla de que la parte perdedora asume los costos del proceso permite promover el acceso a la justicia de aquel litigante que se encuentra confiado en que tiene altas probabilidades de éxito. Sin embargo, no sucedería lo mismo con aquellos que no tienen certeza sobre el resultado de la controversia, pues podrían tener que asumir los costos de litigar del demandado (Ministerio de Justicia del Reino Unido, 2009). Lo cierto es que esta situación debe llevar a los litigantes a un verdadero análisis de la posibilidad de éxito de su caso, de manera previa a plantearlo formalmente ante un juez, sin que exista una vulneración a su derecho de acceso a la justicia.

Además, como hemos señalado, el mercado ha ido creando mecanismos privados que permiten asegurar los costos que implicaría una derrota judicial. Así, se han creado seguros de after the event insurance - ATE que es un mecanismo que protege al litigante frente a los costos judiciales de la otra parte. Asimismo, existen acuerdos de honorarios condicionales – CFA, que permiten proporcionar financiamiento a una parte (casi siempre a los demandantes). Este tipo de mecanismo permite una evaluación intensiva del caso para disuadir a los casos sin sustento jurídico (Ministerio de Justicia del Reino Unido, 2009). Al respecto, se ha señalado que:

Commercial litigation funding is a neat example of contractual cross-subsidisation of the costs of access to justice. This can take the form of legal expenses insurance before a dispute has arisen, or conditional or contingency fees and 'after the event' legal expenses insurance. In 'after the event (ATE)' funding mechanisms, claimants pool the value of their claims to cover the costs of their own access to justice and/or insure themselves against the risk of having to pay their opponents' costs. In the case of 'before the event' (BTE) insurance, would-be litigants spread the risk that they will have to make or defend a claim with other would-be litigants (Higgins, 2017, pág. 9).

Por lo tanto, en el contexto inglés, la idea de mercado y acceso a la justicia no son contradictorias, más aún cuando en el plan de negocios publicado en 2009 por el Legal Services Board señala que el mercado debe crear herramientas para permitir el acceso a la justicia de los consumidores (Legal Service Board, 2009).

Por su parte, la Comisión de Productividad del Gobierno de Australia (2014, pág. 22) también es clara en señalar que el mercado ofrece a los litigantes diversos mecanismos para esparcir el riesgo de grandes e inesperados costos de litigar. Inclusive, el financiamiento privado de controversias es visto como una herramienta importante para fortalecer el acceso a la justicia:

One private funding arrangement involves lawyers billing on a ‘conditional’ basis. Typically, no fee is charged if the legal action is unsuccessful and an ‘uplift’ percentage is added to the lawyer’s normal bill if the action is successful. In contrast, where lawyers charge ‘damages-based’ fees, they receive an agreed percentage of the amount recovered by the client. [...]

Precisamente, en el análisis realizado por el gobierno, no se encuentra que existan intereses perversos en este tipo de pactos, sino que

damages-based billing has the potential to provide several advantages, including better aligning the interests of lawyers and their clients by removing incentives to over service. There is an important caveat to this claim — in order for incentives to be aligned, clients need to be fully informed about the merits, and likely costs, of pursuing their claim.

De hecho, desde el punto de vista económico, se ha señalado que el sistema de provisión de fondos privados puede reportar mejores niveles de acceso a la justicia que la justicia como se encuentra diseñada actualmente, a través de modelos mixtos con subsidios cruzados voluntarios y mandatorios entre los usuarios (Higgins, 2017, pág. 2).

Adicionalmente, cuando la doctrina procesal hace referencia a promover el acceso al sistema de justicia, también ha incluido la promoción de métodos privados como el arbitraje, sin que ello afecte el derecho de acceso a la justicia. Así, el profesor De Belaunde (2006, pág. 152) ha señalado que:

El Estado no puede partir de esa premisa [el arbitraje está limitado a los grandes casos] y por ello renunciar a promover el uso de este medio de solución, sino que debe cumplir con ofrecer a la creciente demanda de justicia la posibilidad de encontrar en el arbitraje una alternativa real para mejorar sus niveles de acceso a la justicia.

Lo mismo sucede con las políticas a favor de la mediación en las que la resolución de las controversias no tiene absolutamente ninguna relación con el Estado, pero cuentan con pleno carácter vinculante entre las partes (Shapiro, 2018, pág. 1007). Inclusive, bajo derecho peruano, tanto la transacción como el laudo arbitral tienen calidad de cosa juzgada.

Por lo tanto, queda claro que un sistema basado en incentivos privados (principalmente el precio) no vulneraría el derecho de acceso a la justicia, en la medida que se crearían mecanismos de mercado para favorecerla.

La pregunta natural que podría surgir es qué sucederá con aquellos casos que no justifican (en términos económicos) que accedan al sistema de justicia con las propuestas de reforma que hemos abordado.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que actualmente no todos los problemas jurídicos del día a día generan controversias que terminan en el Poder Judicial. No todos los problemas justifican que ello sea así, inclusive en un sistema de libre acceso como el vigente, de hecho, las investigaciones “consistently shows that only a tiny portion of the problems that are considered legal and non-trivial, are solved with a mechanism belonging to the formal legal system” (Gramatikov, Barendrecht, & Ho Verdonschot, 2011, pág. 4). Además, existe un análisis intuitivo de costo-beneficio derivado de la magnitud del problema, las inversiones que requiere y las ganancias esperadas, por lo que gran parte de estos problemas no siguen el camino formal.

Por otro lado, coincido con las reflexiones de los profesores De Benito y Huerta de Soto cuando señalan que:

[El] proceso empresarial de coordinación social no se detiene, no se agota jamás, ya que el acto coordinador elemental consiste en descubrir, crear y transmitir nueva información, que a su vez modifica la percepción general de objetivos y medios de todas las personas que participan en el proceso. Se crean o descubren así constantemente nuevos desajustes, que suponen a su vez nuevas oportunidades de ganancia y que por tanto son susceptibles de composición o ajuste, y así sucesivamente. (De Benito & Huerta de Soto, 2015, pág. 120)

Ello conllevará a que los agentes del mercado diseñen y creen nuevos mecanismos para resolver sus controversias de la forma más apropiada posible, con mayor eficiencia y menores costos. Por ejemplo, como hemos señalado previamente, a través de utilizar la tecnología y los OCR, se podrán resolver controversias de forma digital. Como exponen los profesores Landes y Posner (*Adjudication as a Private Good*, 1979):

We have thus far assumed that the only substitute for public adjudication is some sort of private adjudication. This is obviously incorrect [...] If there were no private courts and the substantive rules or the procedures of the public courts were inefficient, substitution possibilities is liquidated-damages clause, whereby the parties substitute a damage-assessment formula of their own choosing for whatever rules of contract damages or methods of damages assessment the courts employ.

Sin perjuicio de ello, considero que se deben realizar mediciones económicas para garantizar que aquellas personas de escasos recursos que no cuenten con medios para acceder al sistema reciban un subsidio estatal, como se ha señalado en el Capítulo III. Sin embargo, desde mi perspectiva, no se genera ninguna afectación al derecho de acceso a la justicia porque dos empresas deban financiar los costos de sus procesos, al igual que dos personas naturales que celebran grandes transacciones. No existe justificación económica para que estos actores sean financiados por todos los contribuyentes.

Por lo tanto, las propuestas realizadas no representan un riesgo para el derecho de acceso a la justicia, sino que será el mercado el que permitirá crear nuevas y mejores herramientas a las existentes actualmente, para financiar los procesos (por medio de los seguros o inclusive a través de los abogados). Lo anterior permitirá gozar en mayor medida del derecho de acceso a la justicia. Además, en base al orden espontáneo y se crearán otros mecanismos de solución de controversias para que se puedan satisfacer las necesidades sociales, pues es el orden espontáneo de los individuos el que garantiza la paz y no la existencia de un Estado que conceda un derecho tomar dinero de los contribuyentes para resolver controversias privadas.

- ii. El pacto en contra como demostración de no afectación de principios básicos

Juan y Pedro habían celebrado un contrato de suministro de madera, mediante el cual Juan se comprometió a entregar varias toneladas del producto en determinadas condiciones todos los meses. Su relación contractual había sobrevivido con el paso de los años y se adaptaba a las necesidades. Ellos nunca habían pensado que se pelearían. No habían acordado absolutamente nada si eso pasaba.

Lo inesperado llegó justo cuando Juan había entregado uno de los cargamentos más valiosos, Juan y Pedro tuvieron una discrepancia importante sobre la entrega. Sin embargo, luego de escuchar consejos de algunos amigos y con el fin de pasar rápidamente el problema, ambos decidieron que la mejor forma para resolver su controversia era que de manera conjunta designen a un árbitro experto en la industria para que determine si el producto entregado cumplía con las condiciones técnicas pactadas.

Luego de varias idas y vueltas, el acuerdo llegó. Otro empresario de la industria que conocía profundamente el sector había sido el elegido, que además aceptó el encargo. De manera conjunta, Juan y Pedro asumirían los honorarios de este árbitro.

En ese contexto, Juan y Pedro vieron conveniente que la mejor fórmula para profundizar en su controversia era que se presenten los trabajadores de ambas empresas para que se expongan de un lado los problemas de calidad del producto entregado y de otro el cumplimiento de las características. Acordaron además que primero presentarían una ronda de escritos y luego habría una audiencia en la que cada una de las partes expondría su punto de vista.

¿Alguien podría pensar que Juan y Pedro han actuado contra principios constitucionales básicos de justicia?

La respuesta simple es no porque nuestra Constitución permite que las partes pacten arbitrajes, lo que les permite diseñar sus procedimientos y elegir sus jueces (árbitros). Sin embargo, si estos mismos acuerdos son trasladados al ámbito de un proceso civil o comercial, se señalaría casi sin dudar que se trata de pactos inconstitucionales. Lo anterior, a pesar de que se trate de la misma controversia entre Juan y Pedro en relación con el mismo cargamento de madera en el contrato de suministro.

Ciertamente, parece haber una contradicción. Se puede pactar en contra del juez natural y de las normas imperativas de orden público a través del arbitraje, pero no se podría hacer lo mismo el proceso civil.

Además, la contradicción no tiene sentido porque el arbitraje también se encuentra sometido a las reglas constitucionales y de debido proceso, puesto que de acuerdo con el Tribunal Constitucional:

[...] en reiteradas ejecutorias ha establecido que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139.º de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, "judicial", sino también una "administrativa" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, se extiende a "cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana." (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71). Es así como también la Corte Interamericana sostiene –en doctrina que ha hecho suya este Colegiado en la sentencia correspondiente al Exp. N.º 2050-2002-AA/TC– que "si bien el artículo 8º de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos." (párrafo 69). "(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)]". (Caso Callegari, 2004)

De hecho, en el precedente Cantuarias el propio TC ha señalado lo siguiente:

La naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso (Caso Cantuarias, 2006)

De igual manera, el profesor Bustamante afirma que si bien el debido proceso resulta aplicable al arbitraje no todos sus elementos son exigibles:

Como regla general, podemos decir que, si bien el debido proceso resulta aplicable a cualquier tipo de proceso, algunos de sus elementos pueden no resultar exigibles en un determinado proceso —como es el caso del arbitraje— en la medida que razonablemente (lo que implica fin lícito y proporcionalidad) no resulten esenciales para que el debido proceso pueda cumplir con sus funciones y no pierda su naturaleza para convertirse en algo distinto. Dicho de otra manera, siempre resultarán exigibles —y, por ende, aplicables en cualquier tipo de proceso, incluyendo el arbitraje— aquellos elementos del debido proceso que resulten razonablemente imprescindibles para que el inicio, desarrollo, conclusión y ejecución de un proceso pueda ser considerado justo (o, si se prefiere, para que los intereses jurídicos que protege resulten real, concreta y efectivamente protegidos). De no ser así, los procesos en mención resultarían inválidos (Bustamante Alarcón, La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho, 2013)

Es decir, existen elementos del debido proceso como la independencia e imparcialidad del juzgador y la igualdad de armas que son imprescindibles para que todo proceso funcione. No sucede lo mismo con otros derechos como la selección de árbitros y la libertad procedimental, que sí son aplicables en el arbitraje.

Por ello, coincido con el razonamiento de Lord Neuberger, miembro de la Corte Suprema del Reino Unido que señala que en el arbitraje se respetan los derechos constitucionales y los incentivos están alineados para ello:

First, the nature of arbitration requires arbitrators to have many of the qualities of judges. In particular, they administer justice, and they must therefore act in accordance with the law and be seen to act in accordance with the law. And the law includes fundamental rights. It is true that human rights under the European Convention can be claimed against “public authorities” and arbitrators are “private authorities”, but arbitrators’ awards are enforced by courts and courts are public authorities. Secondly, a practical point: if an arbitrator acts inconsistently with fundamental rights, it is to be hoped that he will be out of a job. (Neuberger, 2015)

Como señala Álvarez Miranda, el sistema de elección directa ocasiona incentivos para resolver correctamente las controversias y aplicar la ley (incluyendo los derechos fundamentales):

De ahí que, en principio, los elegidos sean profesionales expertos en la materia sometida a discusión de gran prestigio personal y profesional, lo que garantiza un pronunciamiento arreglado a derecho, toda vez que será resuelto por especialistas en la materia que difícilmente se prestarían para contubernios con las partes. Al respecto, resulta necesario precisar que, a diferencia de los abogados de los litigantes, quienes en todo momento deben velar por los intereses de sus clientes, los árbitros tienen el deber de resolver las causas sometidas a su consideración con arreglo a derecho o equidad, según sea el caso. No existe, en nuestra opinión, mayor garantía de rectitud en la impartición de justicia que la honorabilidad de quien tiene el encargo de resolver el asunto. El incontestable hecho de que su vigencia en el mercado dependa del concepto que el propio mercado tenga del árbitro, desincentiva cualquier conducta inapropiada. Evidentemente, la existencia de dudas acerca del proceder de determinado árbitro ocasionará que el propio mercado lo expectore del mismo. A diferencia del fuero ordinario, en que por el principio del juez natural, por regla general la designación del juez es azarosa y bajo ninguna circunstancia compete a las partes envueltas en el litigio, en el

arbitraje la elección del árbitro corresponde a las partes (Álvarez Miranda & Muñoz Hernández, 2012, pág. 26)

Si todo lo anterior es posible para resolver una controversia entre Pedro y Juan, no debería existir ninguna diferencia para que Pedro y Juan puedan resolver la misma controversia con los mismos montos y las mismas obligaciones ante el Poder Judicial. Más aún, si como hemos visto en el Capítulo II la naturaleza económica de la resolución de conflictos es privada. Por ello, ante el mismo supuesto, en principio, corresponde aplicar el mismo derecho.

Por lo tanto, atendiendo a la naturaleza de las cortes, considero que no se vulneraría ningún principio básico de justicia ni tampoco ningún principio constitucional en el supuesto en el que se implementen las propuestas abordadas en el Capítulo III.

#### **B. Adecuación constitucional de la propuesta**

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado precedente, a fin de viabilizar la propuesta de esta tesis, desde el punto de vista constitucional, se proponen modificaciones al texto constitucional:

##### Texto vigente del artículo 150

El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular.

El Consejo Nacional de la Magistratura es independiente y se rige por su Ley Orgánica.

##### Texto propuesto del artículo 150

El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular **o directamente por las partes en materia civil y comercial, según la ley.**

El Consejo Nacional de la Magistratura es independiente y se rige por su Ley Orgánica.

### Texto vigente del artículo 139.3

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

### Texto propuesto del artículo 139.3

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación, **salvo en materia civil y comercial de acuerdo con la ley.**

### Texto vigente del artículo 139.16

El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.

### Texto propuesto del artículo 139.16

El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala, **salvo en materia civil y comercial.**

### Texto vigente del artículo 139.19

La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad.

### Texto propuesto del artículo 139.19

La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad, **salvo en materia civil y comercial confirme a la ley.**

Estas propuestas de modificación del texto constitucional permitirán que las propuestas abordadas en el Capítulo III, puedan ser llevadas a cabo en el ordenamiento jurídico peruano. Lo anterior, sin perjuicio de que como se ha argumentado, se trata de propuestas que no vulneran ningún principio básico de moralidad o de justicia.

## **VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Luego del análisis expuesto a lo largo de esta investigación, he llegado a las siguientes conclusiones:

1. El sistema de justicia procesal civil y comercial actualmente responde a incentivos meramente públicos en su diseño. Por un lado, se trata de un sistema público de libre acceso para todo aquel que desee utilizar el aparato de justicia. Por otro lado, a pesar de las contradicciones reconocidas desde la doctrina, las reglas procesales y la selección de jueces están pensadas en satisfacer el interés público y determinadas por el Estado, en lugar de satisfacer el interés de las partes en controversia.
2. Dicha concepción del sistema ha generado un sobreuso del Poder Judicial. La situación ha llegado a tal punto que, en materia civil, la tasa de congestión es mayor a 2 puntos, es decir, la cantidad de expedientes que ingresan al Poder Judicial son el doble de los que los jueces pueden resolver.
3. En ese sentido, todas las reformas intentadas en los últimos años que mantienen la concepción pública del sistema de justicia civil y comercial han fracasado, pues no han sido capaces de generar un verdadero alivio permanente y prolongado a la situación de sobreuso.
4. La justicia civil y comercial no siempre ha sido tratada a lo largo de la historia como un bien exclusivamente público, donde todo es determinado por el Estado. Por el contrario, existen diversos antecedentes de que la resolución de conflictos puede ser tratada como un bien privado como, por ejemplo, el arbitraje y los sistemas de justicia en comunidades primitivas o entre los comerciales. Asimismo, existen otros antecedentes cuyo diseño incluye incentivos privados.
5. Lo anterior también se extiende a la emisión de decisiones con amplio alcance como en el caso de las decisiones arbitrales de las asociaciones de diamantes, pues en esos grupos privados, los miembros de la asociación derivan beneficios de una sentencia más allá de las dos partes litigantes, bajo una lógica similar a la del precedente.

6. Desde la perspectiva económica, la resolución concreta de una controversia en una materia de derecho privado (civil o comercial) es un servicio absolutamente privado que únicamente interesa a las partes en controversia. Sin embargo, el sistema de justicia también produce un servicio que es la emisión de precedentes, que presenta características más similares a las de un bien público por su alcance general y las externalidades positivas que genera.
7. En ese sentido, tomando en cuenta su naturaleza económica, cuando se trata a un bien que responde a incentivos privados (resolución de conflictos) como si fuera un bien público se genera: (i) una tragedia de los comunes por sobreuso y congestión de las cortes civiles y comerciales; y, (ii) que el bien o servicio no responde a los intereses y necesidades de los consumidores.
8. Con el objetivo de disminuir la situación de permanente congestión y sobreuso, el diseño del sistema de justicia debe responder a incentivos privados en lo que respecta a la resolución de conflictos. Lo anterior, a fin de alinear los intereses de los litigantes, sin que ello implique la desaparición del Poder Judicial debido a los beneficios con alcance general que se producen a raíz de la emisión de precedentes. Por ello, planteo tres propuestas.
9. *Primero*, las partes deben poder elegir a los jueces que resolverán sus controversias, pues de esa manera se podrá contar con especialistas y generar una competencia en el mercado de jueces, ampliando la oferta. Adicionalmente, la especialización y las cualidades especiales por las que sean seleccionados, permitirán un mejor manejo del proceso de forma tal que se tenga un proceso eficiente, con ahorro de costos y tiempo.
10. *Segundo*, las partes deben estar facultadas a establecer de mutuo acuerdo las reglas de resolución de sus controversias, ya sea *ex ante* o *ex post*. Esta formulación de reglas deberá respetar los derechos de igualdad de armas y debido proceso. Así, el proceso responderá a la verdadera necesidad de la discusión sustantiva que tienen las partes. Además, los procesos podrán ser más eficientes y mejor organizados, los que incidirá directamente en la reducción de la congestión judicial.

11. *Tercero*, las partes deben asumir los costos de litigar en el extremo de la resolución de su controversia, con un subsidio reducido únicamente al beneficio derivado de la emisión del precedente. Además, la asunción de costos debe ser bajo la regla de que la parte perdedora asume los costos del proceso. De esa manera, (i) únicamente se iniciarán aquellos procesos que sean eficientes en términos económicos, es decir, cuyo beneficio permita cubrir sus costos; y, (ii) se garantiza que se inicien todos aquellos procesos que tengan probabilidad de éxito pues la condena de costos permitirá utilizar mecanismos de mercado para el financiamiento de los procesos. Sin perjuicio de ello, se recomienda evaluar la inclusión de subsidios para las personas de escasos recursos.
12. Estas propuestas implementadas de manera conjunta están dirigidas a que el diseño del proceso civil y comercial responda a intereses privados de las partes, que son los dueños del proceso. De esa manera, además, tendrán como consecuencia la reducción de procesos al punto de eficiencia porque solo se iniciarán procesos que generen beneficios, así como se tendrán procesos eficientes ajustados a las necesidades de las partes.
13. Todo lo anterior permite demostrar que, si el diseño de justicia civil y comercial en lo que respecta a la resolución de conflictos en primera instancia responde principalmente a incentivos privados, es decir, incentivos para las partes litigantes, se podrá reducir la congestión judicial y la situación actual de sobreuso del sistema.
14. Finalmente, un diseño del sistema de justicia basado en incentivos privados no representa una afectación al sistema de justicia porque en realidad es la situación actual de espera a través de un mecanismo de cola genera una afectación al acceso de justicia. Por el contrario, las propuestas realizadas, permitirán que se inicien los procesos cuyo costo puede ser cubierto con el beneficio derivado y se incentiven mecanismos de mercado y alternativos para garantizar el acceso a la justicia. Adicionalmente, las propuestas están alineadas con mecanismos arbitrales en donde los pactos sí se encuentran permitidos, por lo que tampoco existiría una afectación a principios básicos de justicia.

## **VII. BIBLIOGRAFÍA**

- Abad, S., De Belaunde, J., De la Jara, E., & Pásara, L. (2008). Reforma del Poder Judicial: Refundando el sistema de Justicia en el Perú. *Themis No. 47*, Lima.
- Aguirrezabal, M., & Pérez, Á. (2018). Aportes para una conducción colaborativa del proceso civil chileno/ pensando una nueva justicia. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*.
- Álvarez Miranda, E., & Muñoz Hernández, G. (2012). La Jurisdicción arbitral en el Perú: El Rol del Tribunal Constitucional en la Salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales. En M. Castillo Freyre, *Arbitraje y Constitución* (págs. 17-44). Lima: Palestra.
- Álvarez-Ossorio, F. (2014). Tasas Judiciales: entre principio de proporcionalidad y política de derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 221-242.
- Ariano Deho, E. (2003). *Problemas del Proceso Civil*. Lima: Jurista.
- Ariano, E. (2006). Comentario al artículo 139.16 de la Constitución Política. En *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Baruch, R. (1984). Dispute Resolution Alternatives and the goals of Civil Justice / Jurisdictional principles for process choice. *Wis Law Review*.
- Bayly, A., & Pasquel, E. (2003). ¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia rompiendo el mito de la justicia estatal. *Themis No. 45*. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10044>
- Bayly, A., & Pasquel, E. (2006). Privaticemos las vicuñas/ Cómo eliminar el peligro de extinción y aprovechar su potencial económico. *Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas*.
- Bell, J. (2006). *Judiciaries Within Europe : A Comparative Review*. Cambridge University Press.
- Benson, B. (1998). *Partial Privatization/ The Level and Scope of Contracting Out in Criminal Justice*. NYU Press.

- Benson, B. (1999). *Arbitration*. Obtenido de <https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/7500-arbitration.pdf>
- Benson, B. (2019). *Justicia Sin Estado*. Madrid.
- Born, G. (2021). *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- Briggs, L. (2021). National Experience – Change of civil procedure rules in the UK. *Cyprus Judicial Conference*.
- Brodkin, E., & Young, D. (1989). Making Sense of Privatization/ What Can We Learn from Economic and Political Analysis? En K. & Kahn, *Privatization and the Welfare State*. Princeton University Press.
- Bullard, A. (2012). ¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*.
- Bullard, A. (2012). El Dilema del Huevo y la Gallina: El Carácter Contractual del Recurso de Anulación. *Derecho y Sociedad*(38).
- Bullard, A. (2007). Comprando justicia: ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles? *THEMIS Revista De Derecho No. 53*. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8849>
- Bullard, A. (2010). *Derecho y Economía. Análisis Económico de las Instituciones legales*. Lima: Palestra.
- Bullard, A. (2018). *Análisis económico del derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP. Obtenido de <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170692/35%20An%C3%A1lisis%20econ%C3%B3mico%20del%20derecho%20con%20sello.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
- Bullard, A., & Repetto, J. (2019). Charles Darwin y el Arbitraje. *Forseti. Revista De Derecho*. doi:<https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v1i1.1202>

- Bustamante Alarcón, R. (2013). La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. *Revista Derecho PUCP N° 71*.
- Bustamante Alarcón, R. (2015). *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara Editores.
- Calabresi, G. (2006). Una introducción al pensamiento legal : cuatro aproximaciones al derecho y la disposición de partes del cuerpo. *Ius et Veritas*(32). Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12377>
- Cantuarias, F. (2008). Marco legal aplicable al arbitraje en el Perú: Ley General de Arbitraje y Legislación aplicable al Estado Peruano. *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*, 33-73.
- Carrington, P. (1979). Adjudication as a Private Good A Comment. *Duke Law*.
- Casación 2427-2010-Lima. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil Permanente 24 de Mayo de 2011).
- Caso Bárbara Gutiérrez Maturana, Recurso de amparo 3956-2018 (Tribunal Constitucional de España 15 de Febrero de 2021).
- Caso Callegari, Expediente 0090-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional de Perú 5 de Julio de 2004).
- Caso Cantos vs. Argentina, Serie C. 97 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2002). Obtenido de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_97\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf)
- Caso Cantuarias, Expediente 6167-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional de Perú 28 de Febrero de 2006).
- Caso Jorge Tomás Vásquez Torres, Expediente No. 141-95-HC/TC (Tribunal Constitucional 7 de Agosto de 1996).

- Caso Juan Muñoz Espinoza, Expediente 1607-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional 17 de marzo de 2004).
- Caso Marielina Calvo, Sentencia T-1249/04 (Corte Constitucional de Colombia 16 de Diciembre de 2004).
- Caso R (on the application of UNISON) c. Lord Chancellor, UKSC 2015/0233 (Corte Suprema del Reino Unido 26 de Julio de 2017).
- Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la PUCP. (2021). Obtenido de <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2020/08/28233038/carcarb3-10-rev-8-tarifario-convertido.pdf>
- Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. (2022). *Arbitraje CCL*. Obtenido de <http://arbitrajeccl.com.pe/aao/calc/calc>
- Cerijaus. (2004). *Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia*. Lima.
- Chiovenda, J. (1922). *Principios de Derecho procesal Civil*. Editorial Reus.
- Código Procesal Civil. Decreto Legislativo No. 768, 1992. (Perú)
- Code of Civil Procedure. C-25-01. (Quebec)
- Code of Civil Procedure. (California)
- Comisión de Productividad del Gobierno de Australia. (2014). *Access to Justice Arrangements Overview. Productivity Commission Report No. 72*.
- Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia . (2004). *Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia*. Lima.
- Conferencia Latinoamericana de Arbitraje. (2020). *Arbitraje en América Latina. Informe 2020 sobre encuestas*. Obtenido de <http://www.clarbitraje.com/v2/wp-content/uploads/2020/12/Informe-CLA.pdf>
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). Debate Constitucional - 1993. Comisipon de Constitución y Reglamento. Tomo III. Lima. Obtenido de

<https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/ComiConstRegla/TomoCompleto/TomoIII.pdf>

Constitución Política del Perú, 29 de diciembre de 1993.

Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958.

Cooter, R. (1983). The objectives of private and public judges. *Public Choice*, 41(1).

Cooter, R. (2000). ¿Hacen las buenas leyes buenos ciudadanos? Un análisis económico de las normas internalizadas. *Ius et Veritas* .

Cooter, R., & Rubinfeld, D. (1989). Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution. *Journal of Economic Literature*, 27(3).

Cooter, R., & Ulen, T. (2016). *Law and Economics*. Berkeley Law Books.

Cordeli, C. (2018). Privatization without profit? En J. Knight, & M. Schwartzberg, *Privatization*. NYU Press.

Correa, J., Peña, C., & Vargas, J. (1999). Poder Judicial y Mercado. *Centro de Investigación Jurídica No. 2*.

Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. (2018). *ICC Commission Report. Controlling Time and Cost in Arbitration*.

Cremades, B. (2006). El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española. *Lima Arbitration*(1).

Croley, S. (2017). Civil Justice Reconsidered. Toward a Less Costly, More Accessible Litigation System. *NYU Press*.

Cuniberti, G. (2009). Beyond Contract. The case for default arbitration in international commercial disputes. *Revista de la Facultad de Derecho, Economía y Finanzas de la Universidad de Luxemburgo*.

De Belaunde, J. (2006). *La Reforma del Sistema de Justicia ¿En el camino correcto?* Lima: Konrad Adenauer Stiftung.

- De Benito, M., & Huerta de Soto, S. (2015). El arbitra internacional como orden jurídico espontáneo. *Spain Arbitration Review*(22).
- De Trazegnies, F. (2004). El rasgado del velo societario dentro del arbitraje. *Ius et Veritas*, 14(29), 12-22.
- De Vinatea, G. (2001). El interés público del proceso civil. *Ius et Praxis*.
- De Vinatea, G. (2006). Naturaleza del proceso civil. En U. d. Lima, *Libro homenaje Facultad de Derecho*. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima. Obtenido de <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/5482>
- Defensoría del Pueblo del Perú. (2006). *Informe Defensorial No. 109. Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de justicia en el Perú*. Lima. Obtenido de <https://www.gob.pe/institucion/defensoria-del-pueblo/informes-publicaciones/1056117-informe-defensorial-n-109>
- Demsetz, H. (2001). Toward a theory of property rights. *American Economic Association*.
- Devís Echandía, H. (2004). *Teoría general del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Diario El Comercio. (2019). *El Poder Judicial en Perú – Documental Justicia de Papel*. Obtenido de [https://www.youtube.com/watch?v=7bWceZ1\\_Y7A](https://www.youtube.com/watch?v=7bWceZ1_Y7A)
- Dilanni, I. (2010). The role of competition in the Market for Adjudication. *Supreme Court Economic Review*, 18(1).
- Domenech, G., & Mora-Sanguinetti, J. (2015). El mito de la especialización judicial. *InDret Revista para el análisis del derecho*.
- Draye, M. (2016). Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter V: Article 1700. En N. Bassiri, & M. Draye, *Arbitration in Belgium*. La Haya: Kluwer Law International.
- Escobedo, J. (2016). *Justicia de Paz en el Perú*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

- Ezcurra Rivero, H. (Ius et Verita). Privaticemos la insolvencia. 2002, 12(24). Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16180>
- Ezcurra Rivero, H., & Iñiguez, E. (2019). ¿Escuchando mercaderes o escuchando abogados? La regla sobre producción de documentos en el arbitraje comercial. *Forseti. Revista De Derecho*.
- Fisfálen, M. (2014). *Análisis económico de la carga procesal del Poder Judicial*. Lima.
- Fiss, O. (1984). Against Settlement. *The Yale Law Journal*.
- Fortese, F., & Hemmi, L. (2015). Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration. *Groningen Journal of International Law*, 3(1). Obtenido de <https://ssrn.com/abstract=2611337>
- Gaceta Jurídica. (2015). *La Justicia en el Perú. Cinco grandes problemas*. Lima: Gaceta Jurídica. Obtenido de La Justicia en el Perú. Cinco grandes problemas: <http://www.gacetajuridica.com.pe/laley-adjuntos/INFORME-LA-JUSTICIA-EN-EL-PERU.pdf>
- Galván Pareja, G., & Álvarez, V. (2000). Pobreza y Administración de Justicia. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*(15), 227. Obtenido de [https://economia.unmsm.edu.pe/publ/arch\\_rev-fce/RevistaFCE\\_15.pdf](https://economia.unmsm.edu.pe/publ/arch_rev-fce/RevistaFCE_15.pdf)
- García Matamoros, L., & Arévalo, W. (2017). El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el CIADI. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*.  
doi:<https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2017.17.11043>
- García Sáez, F. (1998). The Nature of Judicial Reform in Latin America and Some Strategic Considerations. *American University International Law Review*, 13(5).
- Genn, H. (2010). *Judging civil justice*. Cambridge University Press.
- Gharavi, H., & Liescher, C. (2002). *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award: Challenge in International Commercial Arbitration*.

- Obtenido de  
<https://books.google.com.pe/books?id=PxVkJCRNpKqIC&printsec=f>
- Ghersí, E. (25 de Agosto de 2011). *artículos.ghersi*. Obtenido de  
<http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-6-%C2%BFpor-que-no-se-extinguen-las-gallinas/>
- González, N., & Albornoz, M. (2014). Comercio Electrónico, Online Dispute Resolution y Desarrollo. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*.
- Gozaíni, O. (s.f.). *Elementos de derecho procesal Civil*. Catedra UBA. Obtenido de  
<https://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf>
- Gramatikov, M., Barendrecht, M., & Ho Verdonschot, J. (2011). Measuring the Costs and Quality of Paths to Justice Contours of a Methodology. *Hague Journal on the Rule of Law*.
- Guevara, L. (2017). *La Congestión judicial como una de las principales causas para que los ciudadanos decidan tomar la justicia por mano propia*. Bogotá. Obtenido de  
<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15966/MONOGRAF%C3%8DA%20FINAL%20-%20ENTREGA%20CENTRO%20DE%20INVESTIGACI%C3%93N-.pdf?sequence=1>
- Hardin. (1998). The tragedy of the Commons. *Science*.
- Harel, A. (2018). Why privatization matters: the democratic case against privatization. En J. Knight, & M. Schwartzber, *Privatization*. NYU Press.
- Hasan, C. (2019). Rent a Judge. Master Thesis. *University of Lund*.
- Higgins, A. (2017). The Costs of Civil Justice and Who Pays? *Oxford Journal of Legal Studies*, 37(3).
- HM Courts & Tribunals Service. (2022). *Civil and Family Court Fees*. Londres. Obtenido de

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1021895/EX50\\_web\\_0921.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1021895/EX50_web_0921.pdf)

- Home, S. (2013). *The privatization of justice in Quebec's Draft bill to enact the new code of civil procedure/ a critical evaluation*. Quebec.
- Hope, L. (2010). In law, is procedure really that important? *Presidential Address 2010*.
- Inversiones la Carreta S.A., Expediente 763-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 13 de abril de 2005).
- Iñiguez, E. (26 de Enero de 2017). *Enfoque Derecho*. Obtenido de <https://www.enfoquederecho.com/2017/01/26/quien-deberia-pagar-un-proceso-notas-desde-la-economia-y-la-psicologia/>
- Jueces del Reino Unido. (2014). *The response of the senior judiciary to the Ministry of Justice Consultation Paper Court Fees: Proposals for reform (Cm 8751)*. Londres.
- Jukier, R. (2015). The Impact of legal traditions on Quebec procedural law: Lessons from Quebec's New Code of Civil Procedure . *La Revue du Barreau Canadien*, 93. Obtenido de [https://www.mcgill.ca/law/files/law/jukier\\_2015\\_legal\\_traditions\\_im](https://www.mcgill.ca/law/files/law/jukier_2015_legal_traditions_im)
- Kalven Jr., H. (1963). General Analysis of and introduction to the Problem of Court Congestion . *American Bar Association, Section of Insurance, Negligence and Compensation law*.
- La Rosa, J. (2009). El acceso a la justicia como condición para una reforma judicial en serio. En R, p. 121. *Revista Derecho PUCP No. 62*.
- Lee, R. (1985). The American Courts as Public Goods: Who Should Pay the Costs of Litigation? *Catholic University Law Review* 34.
- Legal Service Board. (2009). *Business Plan 2009/2010*. Londres. Obtenido de [https://www.legalservicesboard.org.uk/news\\_publications/publications/pdf/business\\_plan\\_2009\\_10.pdf](https://www.legalservicesboard.org.uk/news_publications/publications/pdf/business_plan_2009_10.pdf)

- Lew, J., Mistelis, L., & Kroll, S. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International.
- Ley de Justicia de Paz. Ley 29824, 2012. (Perú)
- Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia. Ley 30916, 2019. (Perú)
- Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 2006.
- Ley peruana de arbitraje. Decreto Legislativo No. 1071, 2008. (Perú)
- Ley que crea la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia. Ley 28083. 2003. (Perú)
- Ley que desactiva las comisiones ejecutivas del Poder Judicial y del Ministerio Público y establece el Consejo Transitorio del Poder Judicial y el Consejo Transitorio del Ministerio Público. Ley 27367, 2000. (Perú).
- Ley que regula la elección de los Jueces de Paz. Ley 28545, 2005. (Perú)
- Londoño Jaramillo, M. (2008). La Congestión y la mora judicial: el juez, ¿su único responsable? *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Política*, 38(109).
- Lord, M. (2015). Arbitration – a Law unto itself? 30th Annual Lecture organised by The School of International Arbitration and Freshfields Bruckhaus Deringer. Londres. Obtenido de <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-151104.pdf>
- MacLean, R. (2005). ¿Es viable y práctico privatizar la justicia? Exploración preliminar sobre el caso de los litigios financieros. *Ius et Veritas No. 30*.
- Main, T. (2005). ADR: The New Equity. *University of Cincinnati Law Review* . Obtenido de <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/739>
- Mankiw, G. (2012). *Principio de Economía*. Ciudad de México: Cengage Learning Editores.
- Micevska, M., & Hazra, A. (2004). The problem of court congestion: evidence from Indian lower courts. *ZEF - Discussion papers on development policy*.

- Milgrom, P., North, D., & Weingast, B. (1990). The Role of Institutions in the Revival of Trade. *Economics & Politics*, 2(1).
- Ministerio de Justicia del Reino Unido. (2009). *Review of Civil Litigation Costs: Preliminary Report*. Obtenido de <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Guidance/jackson-vol1-low.pdf>
- Ministerio de Justicia del Reino Unido. (2021). *Proposal for reform. Increasing selected court fees and Help with Fees income threshold by inflation 2021*. Obtenido de [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/978595/increased-court-fees-consultation.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/978595/increased-court-fees-consultation.pdf)
- Monroy, J. (1993). Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992. *Themis No. 25*.
- Monroy, J. (1996). *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Temis. Obtenido de <https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/material2014.pdf>
- Mourre, A. (5 de Octubre de 2010). *Are unilateral appointments defensible? On Jan Paulsson's Moral Hazard in International Arbitration*. . Obtenido de Kluwer Arbitration Blog: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/10/05/are-unilateral-appointments-defensible-on-jan-paulssons-moral-hazar>
- Nagaraj, S. (2007). The Marriage of Family Law and Private Judging in California. *The Yale Law Journal*.
- Neely, R. (1983). *Why Courts don't work?* Nueva York: McGraw-Hill Book Co.
- Nelissen Grade, J. (1986). The Annulment of Arbitral Awards in Belgium. *International Financial Law Review*. Obtenido de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/intfinr5&div=220&id=&page=&t=1560917653>
- Neuberger, L. (2015). Hong Kong Arbitration and the Rule of Law. *Chartered Institute of Arbitrators Centenary Celebration*. Hong Kong.

- Neyra Flores, J. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Lima: Idemsa.
- Paine, J. (2019). *International Adjudication as a global public good*. Oxford U. Press.
- Partelow, S., Abson, D., Schluter, A., Fernández-Giménez, M., von Wehrden, H., & Collier, N. (2019). Privatizing the commons: New approaches need broader evaluative criteria for sustainability. *International Journal of the Common*, 13.
- Pásara, L. (2014). *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Paulsson, J. (2010). *Arbitration in Three Dimensions. Law, Society and Economics Working Papers*.
- Poder Judicial. (2015). *Fortaleciendo la Justicia de Paz en el Perú*. Lima: Poder Judicial.
- Poder Judicial. (2018). *Boletín Estadístico Institucional No. 4*. Perú: Poder Judicial.
- Poder Judicial. (2019). *Boletín Estadístico Institucional No. 4*. Lima: Poder Judicial.
- Poder Judicial. (2021). *Estadísticas de la función jurisdiccional a nivel nacional 2020*. Lima.
- Poder Judicial. (2022). *Estadísticas de la función jurisdiccional a nivel nacional 2021*. Lima.
- Poder Judicial. (2022). Resolución Administrativa No. 00002-2022-CE-PJ.
- Posner, R. (1979). The Homeric Version of the Minimal State. *Ethics*, 90(1).
- Posner, R. (1981). *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, R. (2010). *How Judges Think*. Harvard University Press,.
- Posner, R., & Landes, W. (1979). Adjudication as a Private Good. *Journal of Legal Studies*, 8(2).

- Priest, G. (1989). Private Litigants and the Court Congestion Problem. *Faculty Scholarship Series. 613.*
- Priori, G. (2004). La competencia en el Proceso Civil Peruano. *Derecho & Sociedad 22.*
- Priori, G. (2010). Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una auténtica oralidad en el proceso civil peruano. *Themis No. 58.*
- Queen Mary University; White & Case. (2022). *2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world.* Obtenido de [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021\\_19\\_WEB.pdf](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf)
- Reggiardo Saavedra, M., & Liendo Tagle, F. (2012). Aproximaciones a la litigiosidad en el Perú . *Themis Revista de Derecho(62).* Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9022>
- Rhode, D. (2004). *Access to Justice.* eBook Academic Collection EBSCOhost.
- Rodríguez Fernández, M. (2006). El Contrato Internacional de Construcción: Aspectos Generales. *Revista E. Mercatoria.*
- Rubio Guerrero, R. (2011). Nombramiento por las cámaras de comercio. En A. Bullard, & C. Soto, *Comentarios a la ley peruana de arbitraje.* Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Saavedra, R. (2014). Las externalidades y el criterio de imputación en la responsabilidad extracontractual. Estrategia de precios v. Estrategias de Sanciones: Primera Parte . *Themis N° 66,*
- Shapiro, M. (2018). Delegating procedure. *Columbia Law Review .*
- Shavell, S. (2003). Economic Analysis of Litigation and the Legal Process. . *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business.*
- Solum, L. (1993). Alternative Court Structures in The of The Future California Judiciary: 2020 Vision. *California Law Review.*

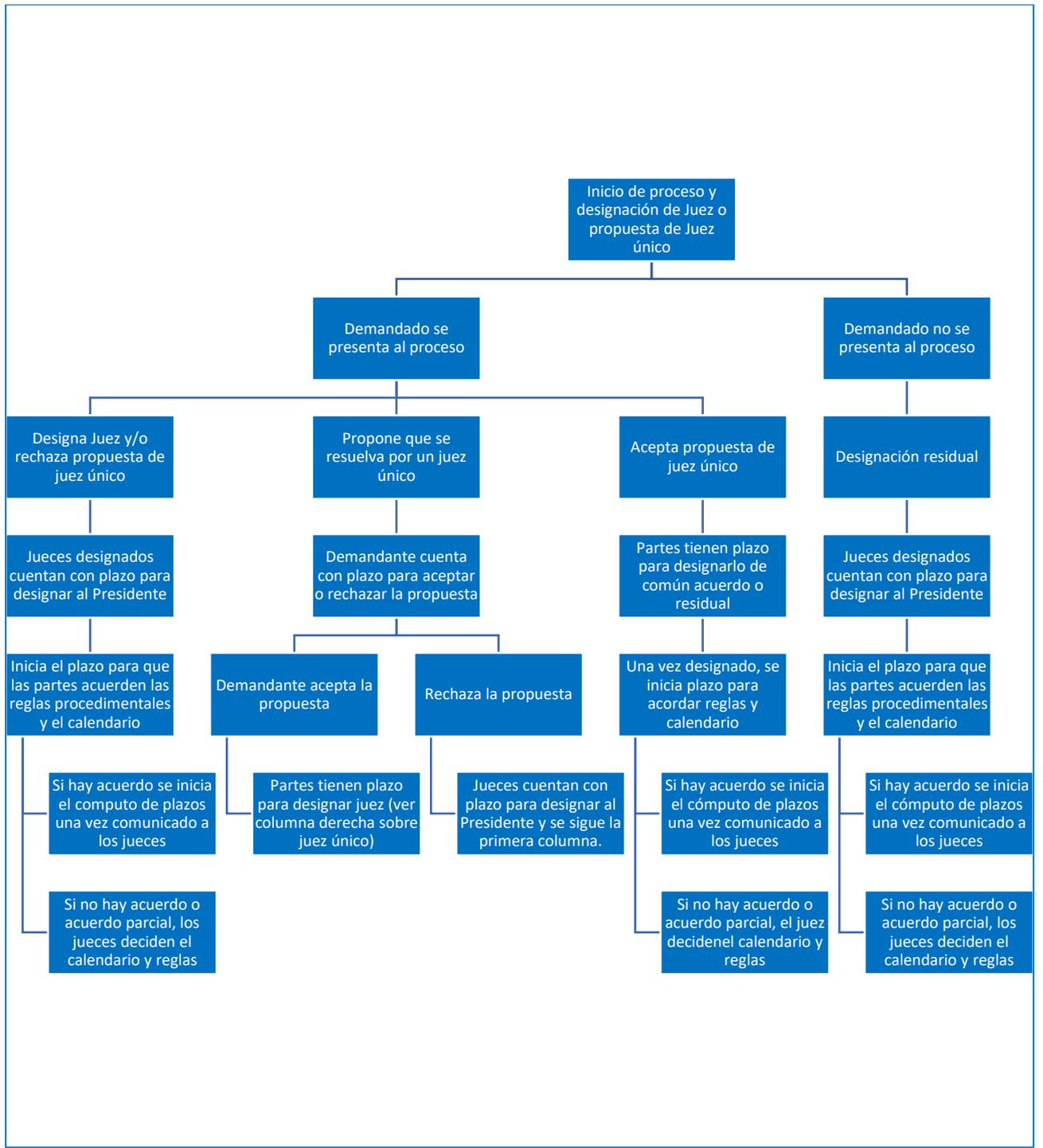
- Stigler, G. (1949). *The Theory of price*. Nueva York: Macmillan Co.
- Sumar, O., Mac Lean, A., & Deustua, C. (s.f.). *Administración de Justicia en el Perú*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Obtenido de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2\\_uibd.nsf/9404148E39055A910525782C00780832/\\$FILE/Justicia](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/9404148E39055A910525782C00780832/$FILE/Justicia)
- Texeira, I. (2010). The Tragedy of the Judiciary: An Inquiri intro de Economics Nature of Law and Courts. *German Law Journal*.
- Tovar Gil, M. (2004). Lex Mercatoria Internacional como instrumento de regulación de las relaciones privadas internacionales. *Agenda Internacional*. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7288>
- Tsimis, J. (2012). The Privatization of Civil Justice: An Exposition On New York's Prompt Payment Law And Its Imposition Of Mandatory Arbitration. *Touro Law Review*, 28.
- Valverde, F. (2021). Justicia de Paz en el Perú: Una instancia de resolución de conflictos que garantiza el acceso a la justicia. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 5(1).
- Van den Berg, A. (1981). *The New York Convention*. La Haya: Asser Institute.
- Vargas, J. (2004). Eficiencia en la justicia. En L. Pásara, *En busca de una justicia distinta*. Lima: Justicia Viva.
- Vargas, J., Peña, C., & Correa, J. (2001). *El rol del Estado y el mercado en la justicia*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Voto Singular José Luis Sardón, Expediente 01213-2019-PA/TC (Tribunal Constitucional 11 de Febrero de 2021).
- Weinstein, J. (1996). Some Benefits and Risks of Privatization of Justice through ADR. *Ohio St. J. on Disp. Reso.* 241.

- Westover, H. (1958). *The Cause Effect and Solution of Congestion in the Federal Court*. Hastings. Obtenido de [https://repository.uchastings.edu/hastings\\_law\\_journal/vol10/iss4/3](https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol10/iss4/3)
- Wolrich, P. (2011). ICC ADR Rules: The Latest Addition to ICC's Dispute Resolution Services. ADR International Applications. *Special Supplement ICC*.
- World Bank. (2003). *Legal and Judicial Reform: Strategic directions*. Washington D.C.: World Bank.
- Zolezzi, L. (1999). La teoría general del proceso. *Derecho PUCP No. 2*.

## ANEXO 1

En este Anexo, se detallan las principales características del funcionamiento del proceso propuesto según lo señalado en el Capítulo III.

### Flujograma



## **Explicación del Flujograma**

1. El demandante presenta pedido de inicio de proceso con una descripción breve de la materia. Debe designar a un juez o proponer que la controversia sea resuelta por un juez designado por el mecanismo que las partes estimen conveniente.

Plazo 10 días hábiles.

2. El demandado debe presentarse en el proceso. Debe designar a un juez o, en su defecto, debe aceptar la propuesta de un juez único o proponer que la controversia se resuelva por un juez designado por el mecanismo que las partes estimen conveniente.

- En caso exista un acuerdo sobre resolver la controversia con un juez, las partes tienen 10 días para acordar su nombramiento o que sea designado supletoriamente.
- En caso el demandado proponga que la controversia se resuelva con un solo juez, el demandante tendrá 5 días hábiles para aceptar o rechazar la propuesta.
  - o En caso acepte la propuesta de un juez, las partes tendrán 10 días para acordar su nombramiento.
  - o En caso rechace la propuesta, las partes deberán designar cada una a sus jueces.

3. En el supuesto que el demandado no se presente, deberá existir una designación residual realizada por la Cámara de Comercio de la Región entre los empresarios agremiados o aquellos que estimen convenientes según sus reglamentos.
4. En caso existan dos jueces designados por las partes o de forma residual, deberán ponerse de acuerdo en un plazo de 10 días para designar al Presidente. Ante falta de acuerdo, se acudirá a la designación residual antes mencionada.
5. Una vez designado el juez o los jueces totalmente, según corresponda, las partes tendrán un plazo máximo de 15 días hábiles para llegar a un acuerdo sobre el calendario procesal y las reglas de procedimiento aplicables.

Lo anterior incluye, pero no se limita a los siguientes aspectos: (i) la presentación de escritos de fondo; (ii) la presentación de declaraciones testimoniales o periciales; (iii) la exhibición de documentos; (iv) la realización de audiencias y su modalidad; así como cualquier otro aspecto que las partes consideren relevante.

6. En caso de falta de acuerdo total o parcial, el juez tendrá un plazo de 10 días hábiles para definir el calendario procesal en consulta con las partes, atendiendo a la circunstancia particular de la que versa el fondo de la controversia.
7. El calendario procesal deberá ser estrictamente cumplido por las partes; sin embargo, el juez estará facultado para modificarlo atendiendo a las circunstancias específicas que puedan producirse.

### **Principios generales del funcionamiento del proceso propuesto**

Normas de procedimiento en las que se basa el sistema:

- a. Las partes tienen control y libertad con respecto a su caso. Las partes están facultadas para determinar el procedimiento y plazos que regirán las actuaciones del proceso, en el marco de la razonabilidad, el debido proceso, la igualdad de armas y la buena fe procesal, siempre bajo la dirección del Tribunal que garantiza el adecuado funcionamiento y gestión del proceso sometido a su conocimiento.
- b. Las partes deben procurar acordar procedimientos eficientes en términos de costos y tiempo, según las necesidades del caso y su complejidad. El juez se deberá guiar por los mismos criterios en caso le corresponda tomar una decisión sobre aspectos procedimentales.
- c. Los plazos, incluso aquellos que estuvieran vencidos, podrán ser prorrogados por el juez siempre que exista una justificación razonable y no se afecte el derecho de igualdad de armas.
- d. Las partes se encuentran facultadas para elegir el juez que determinen conveniente para resolver su controversia, siempre que sea y se mantenga independiente e imparcial. Las partes podrán acordar que su controversia se resuelva mediante un solo juez.

- e. En cualquier momento durante las actuaciones del proceso, las partes podrán acordar modificar las reglas y el calendario acordado, según las circunstancias del caso y las necesidades concretas.