

TRANSPARENCIA JUDICIAL Y SOBORNO: UN PLANTEAMIENTO DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Rafael RAMÍREZ-VILLAESCUSA*

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *El soborno judicial: un modelo a partir de la teoría de juegos*. III. *Transparencia judicial e incentivos al soborno*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. PLANTEAMIENTO

La corrupción es un mal lacerante que entraña perniciosos efectos para el crecimiento económico,¹ el desarrollo social² y la seguridad ciudadana-

* Centro de Investigaciones en Derecho y Economía (CINDE) – Universidad Complutense de Madrid.

¹ Son diversos los estudios que vinculan a la corrupción con disfuncionalidades en el funcionamiento económico de los países. Entre los efectos económicos que con mayor frecuencia se asocian a la corrupción destacan los siguientes: menores tasas de inversión y de crecimiento, reducción en la productividad de la inversión pública, pérdida de competitividad internacional y obstáculos a la inversión extranjera. Al respecto véase: Mauro, Paolo, "Corruption and Growth", *The Quarterly Journal of Economics*, Estados Unidos de América, vol. 110, núm. 3, 1995, <http://www.jstor.org/stable/2946696>; Wei, Shang-Jin, "Corruption in Economic Development: Beneficial Grease, Minor Annoyance, or Major Obstacle?", *World Bank Policy Research Working Paper*, núm. 2048, 1999, <http://www.ssrn.com/abstract=604923>; Blackburn Keith *et al.*, "Endogenous Corruption in Economic Development", *Journal of Economic Studies*, vol. 37, núm. 1, 2010, pp. 4-25; y Lash, Nicholas, "Corruption and Economic Development", *Journal of Economic Asymmetries*, Estados Unidos de América, vol. 1, núm. 1, 2004, pp. 85-105.

² Al crear distorsiones en la implementación de políticas públicas, la corrupción impacta negativamente al progreso y a la equidad social. Por ejemplo, un estudio de caso sobre el norte de la India nos muestra que ciertas políticas diseñadas para mejorar las condiciones de vida de grupos marginados, son reorientadas hacia intereses de tipo clientelista que disminuyen y en el peor de los casos anulan sus potenciales beneficios. Al respecto véase Jeffrey, Craig, "Caste, Class and Clientelism: a Political Economy of Everyday Corruption in Rural North India", *Economic Geography*, Estados Unidos de América, vol. 78, núm. 1, 2002, pp. 21-41, <http://www.jstor.org/stable/4140822>.

na. No es de extrañar, por tanto, que sean múltiples los esfuerzos realizados para combatirla en sus distintas manifestaciones. El Poder Judicial se revela como una organización especialmente sensible a este problema. Un Poder Judicial corrupto abre la puerta para la corrupción política y en los casos más graves para la captura del Estado.³ Una de las manifestaciones más nocivas de la corrupción judicial es la que tiene que ver con el soborno para la “compra” de sentencias. Cuando ello sucede el sistema judicial deja de cumplir algunas de sus funciones más importantes: garantizar el respeto a los derechos de propiedad, dotar al mercado, *lato senso*, de certidumbre jurídica y tutelar eficazmente los derechos fundamentales de las personas. Los costos⁴ de un sistema judicial disfuncional se traducen en contratos que no se celebran, inversiones que no se realizan y conductas que no se disuaden.⁵ Por si fuera poco, un sistema judicial corrupto favorece la pérdida de legitimidad en las instituciones dañando seriamente la gobernabilidad democrática. Todas estas razones hacen deseable la implementación de políticas que disuadan conductas que puedan ser calificadas como corruptas.

El diseño de políticas eficaces para el control de la corrupción, cualesquiera que sean sus variantes, pasa por determinar cuáles son las variables más relevantes que explican la existencia del problema. La forma para determinarlas puede ser diversa. Por un lado tenemos estudios de corte estadístico y econométrico,⁶ mientras que en un plano cualitati-

3 Por captura del Estado entendemos a “los intentos de las empresas para influir en la formulación de las leyes, las políticas y la reglamentación del Estado a cambio de pagos ilícitos —con carácter privado— a los funcionarios públicos” aunque bien pudiésemos extender el concepto hacia aquellos intentos por parte del crimen organizado y transnacional. Hellman, Joel y Kaufmann, Daniel, “La captura del Estado en las economías en transición”, *Finanzas y Desarrollo*, vol. 38, núm. 3, 2001, pp. 31-35, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/index.htm>.

4 Algunos esfuerzos para la cuantificación de dichos costos los encontramos en: Barro, Robert y Sala i Martín, Xavier, *Economic Growth*, Estados Unidos de América, McGraw Hill, 1995; así como Castelar Pinheiro, Armando y Cabral, Celia, *Credit Markets in Brazil: The Role of Judicial Enforcement and Other Institutions*, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de trabajo R-368, 1999, <http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubR368.pdf>.

5 Al respecto véase: Pastor, Santos y Vargas, Carmen, “El coste de la justicia: datos y un poco de análisis”, en Pastor, Santos y Moreno Catena, Víctor (coords.), *El coste de la justicia*, Madrid, CGPJ, 2002, pp. 31-72.

6 Por ejemplo Buscaglia, en orden de diseñar políticas para el control de la corrupción, se pronuncia por un enfoque racionalista que contemple distintas fases: 1) Una primer etapa de diagnóstico donde se identifican las principales áreas institucionales donde la corrupción emerge. Lo anterior normalmente se logra a través de encuestas y estudios de opinión; 2) posteriormente el desarrollo de una base de datos para la medición objetiva y subjetiva del problema. Dicha base de datos debe contener todas aquellas variables que se consideren como relevantes para explicar la situación; 3) la realización de análisis estadís-

vo puede ser de utilidad el empleo de entrevistas y grupos de enfoque. Asimismo podemos emplear modelos simplificados de la realidad para explicar la problemática en cuestión, someterlos a contrastación empírica —si se cuenta con datos— y de ahí seleccionar los mejores cursos de acción para modificar —al menor costo posible— las variables más relevantes. El presente artículo se apoya en el empleo de dichos modelos⁷ a fin de entender la lógica subyacente en la decisión de sobornar y ser sobornado, a la vez que dilucidar el impacto que la publicidad de las sentencias y de los procesos puede tener dentro de dicha lógica. En este sentido, desarrollaremos un modelo explicativo de la estructura de incentivos que rodea un caso de corrupción judicial como lo es el del soborno a un juez.

Un argumento que se utiliza a favor de la transparencia judicial y en concreto de la publicidad de las sentencias y de los procesos, señala que a través de los mismos es posible reducir las oportunidades de corrupción, específicamente aquéllas donde la sentencia es producto de un soborno. La idea es sencilla, si el proceso y los razonamientos empleados por los jueces están a la vista de todos (abogados, académicos, ONG's, etcétera), la probabilidad de detección de fallos producto de sobornos será mayor. Por tanto, es de esperar que los jueces tengan un menor incentivo para dejarse sobornar. Nuestra colaboración busca, sin embargo, desafiar el planteamiento convencional para argumentar que la transparencia podría no tener efecto alguno sobre los incentivos al soborno. En este orden de ideas argumentaremos que la publicidad de las sentencias y de los procesos, a lo sumo distribuye las oportunidades de soborno entre los litigantes atendiendo a la complejidad de los casos.⁸

tics para identificar cuáles son los factores o variables más relevantes que inciden en la problemática; 4) finalmente se debe sensibilizar e involucrar a gobierno y sociedad en la implementación y monitoreo de las políticas de acuerdo a un plan de trabajo que fije objetivos y plazos, entre otros requisitos. Buscaglia, Edgardo, *Judicial Corruption in Developing Countries: It Causes and Economic Consequences*, 2001, United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention – Centre for International Crime Prevention, CICIP-14, <http://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/cicp14.pdf>.

⁷ El empleo de modelos simplificados de la realidad es una de las herramientas a través de las cuales el análisis económico del derecho busca diseccionar una realidad compleja en sus partes más relevantes. El hecho de que simplifiquemos la realidad no significa, como muchos erróneamente creen, que la consideremos como algo sencillo.

⁸ Voigt aporta evidencia empírica que respalda nuestras conclusiones aunque en su trabajo no desarrolla ninguna explicación teórica al respecto. Voigt, Stefan, "¿Cuándo es más probable que los jueces sean corruptos?", en *Transparencia internacional. Informe global sobre la corrupción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, pp. 260-266.

II. EL SOBORNO JUDICIAL: UN MODELO A PARTIR DE LA TEORÍA DE JUEGOS

1. *El análisis económico del derecho como marco para nuestro estudio*⁹

Para el logro de nuestro objetivo comenzaremos por señalar los supuestos del paradigma teórico en que sustentaremos nuestro razonamiento: el análisis económico del derecho (AED).¹⁰ El AED surge, en buena medida, bajo el amparo de la teoría de la elección racional (TER). La elección racional o *rational choice* es una teoría sobre la conducta de los individuos que descansa en una serie de premisas provenientes de la hipótesis del *homo economicus* y que ha sido ampliamente desarrollada por el paradigma económico neoclásico. En este sentido, el AED (en su vertiente positiva)¹¹ busca explicar el porqué de las decisiones que los individuos toman en un mundo caracterizado por la existencia de recursos escasos y susceptibles de usos alternativos. Se considera que las decisiones de los individuos no son erráticas, sino que siguen una determinada lógica a la que llamaremos la lógica de la elección racional.

¿En qué consiste dicha lógica? Una clave la encontramos en Friedman cuando define a la economía como el modo de entender el comportamiento humano que parte del supuesto de que la gente tiene objetivos o metas y procura escoger el camino más adecuado para alcanzarlos.¹²

⁹ La literatura sobre análisis económico del derecho cada vez es más creciente y muy variada. Para una referencia general pueden consultarse los siguientes manuales ya clásicos: Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998; Polinsky, Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, Estados Unidos de América, Aspen Publishers, 2003; Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Estados Unidos de América, Harvard University Press, 2004; Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

¹⁰ Podemos definir al AED como el empleo de los métodos y las técnicas de la economía (en particular de la teoría microeconómica y de la econometría) en el estudio de las normas e instituciones jurídicas y su impacto en la conducta de sus destinatarios.

¹¹ Se dice que el AED tiene dos enfoques o vertientes: el AED positivo que trata de explicar o describir la conducta de los individuos con base en las preferencias que maximizan y las restricciones a las que se enfrentan. El AED normativo que emite juicios de valor en torno a las diversas opciones institucionales atendiendo la idea de que la eficiencia económica debe ser el valor que se ha de maximizar.

¹² “*Economics is that way of understanding behavior that starts from the assumption that people have objectives and tend to choose the correct way to achieve them*”. Friedman, David, *Price Theory: an Intermediate Text*, Estados Unidos de América, South Western Publishing, 1986.

Dicho en otras palabras, la lógica económica asume que las personas persiguen objetivos y tienden a seleccionar aquel medio —o adoptar aquel comportamiento— que consideran idóneo para lograrlo. Así, una elección será racional si el medio que el individuo ha seleccionado para alcanzar su objetivo es aquel que le parece más adecuado para alcanzarlo dado el conjunto de restricciones y opciones a su alcance.¹³ Siguiendo de nuevo a Friedman,¹⁴ es importante señalar que si no tenemos idea de cuáles son los objetivos que la gente persigue, es imposible realizar una predicción acerca de lo que la gente hará. Lo anterior es relevante en nuestro trabajo, ya que si no sabemos cuáles son los objetivos que persiguen jueces y litigantes, poco podremos decir con relación a las decisiones que tomarán dado el marco institucional y de incentivos en que se mueven.

Los modelos desarrollados a partir de la TER asumen una serie de supuestos: en primer término y como se ha señalado, se asume que los individuos tienen preferencias (u objetivos) y son capaces de ordenarlas desde aquella que les proporciona mayor satisfacción (utilidad) hasta la que menos lo hace. Dichas preferencias cumplen con dos requisitos: son completas y son transitivas. Respecto de la primera, los individuos serán capaces de manifestar, entre dos opciones, aquella de su preferencia o bien mostrarse indiferentes a ambas. La transitividad, por otro lado, denota al hecho de que si un individuo prefiere una situación A sobre otra B y B sobre C, entonces la única forma para que haya consistencia en sus preferencias será que prefiera A sobre C.¹⁵ Además, si se cuenta con datos adecuados, los modelos empleados pueden ser sujetos a contrastación empírica, lo cual, dicho sea de paso, constituye un avance cualitativo para la investigación.

En la línea de lo planteado, desarrollaremos un modelo de corrupción judicial centrado en el soborno para explicar el comportamiento de sus participantes: juez y litigantes. Lo anterior nos permitirá advertir cuáles son algunas variables relevantes para explicar la estructura de incentivos que rodean a tal hecho ilícito.

¹³ Restricciones que vienen dadas por el entorno institucional (normas, convenciones, etcétera), alcances presupuestarios, etcétera.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Una buena introducción a la teoría de la elección racional en castellano la podemos encontrar en: Marí-Klose, Pau, *Elección racional*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2000.

2. El juego del soborno

La teoría de juegos¹⁶ nos puede ser útil para advertir algunas consecuencias negativas de un tipo especial de corrupción como lo es aquella que deviene del soborno dentro el contexto judicial. Del siguiente ejemplo podremos extraer algunas ideas que nos pueden servir a la hora de implementar políticas eficaces para lidiar con dicha problemática.

Los supuestos:

Sean A y B las partes dentro de un litigio. La cantidad en disputa (Q) es de \$100.¹⁷ La probabilidad (P) de prevalecer en el juicio para ambas partes, si deciden no sobornar, es de .50. Si una de las partes soborna y la otra no, la probabilidad de ganar para quien soborna (P') será de 1, por tanto la probabilidad de ganar para quien no soborna (P'') será 0. Si ambas sobornan, el juez decidirá a favor de la que otorgue el mayor monto. Los costos del litigio (C) son de \$10 para cada uno de los litigantes y se sigue una regla de independencia en el pago de las costas.¹⁸ Las partes y el juez son neutrales al riesgo¹⁹ y se comportan bajo una hipótesis de racionalidad económica. La función de utilidad tanto de los litigantes como del juez se integra puramente por preferencias económicas. Al tenor de lo anterior, los litigantes tratarán de maximizar sus oportunidades de vencer en el juicio, en tanto que el juez procurará maximizar las oportunidades de extracción de rentas. Asumiremos también que se trata de un juego no repetitivo, es decir, que la sentencia emitida no podrá ser sujeta a revisión.

Para la construcción de nuestra matriz debemos de tomar en cuenta que el soborno implica un pago (S) que se le hace al juez en orden de “comprar” una sentencia favorable. Dado lo anterior, la primera pregunta que surge es: ¿a cuánto asciende dicho pago? Para dar respuesta a ello es importante observar que cada una de las partes no sabe qué es lo que va a hacer su contraparte. Sin embargo, en caso de que ambas so-

¹⁶ La teoría de juegos es una rama de la matemática con aplicaciones a la economía, sociología, biología y psicología, que analiza las interacciones entre individuos que toman decisiones en un marco de incentivos formalizados (juegos). <http://www.econlink.com.ar/definicion/teoriadejuegos.shtml>.

¹⁷ La cuantía de los montos se ha seleccionado arbitrariamente con el objeto de facilitar la comprensión del modelo.

¹⁸ La regla de independencia o sistema americano, estipula que cada una de las partes asume las costas procesales correspondientes.

¹⁹ Un individuo será neutral al riesgo si es, por ejemplo, indiferente a tener \$100 con una probabilidad de 1 o bien \$1000 con una probabilidad de .10.

bornen, el fallo favorecerá a la que ofrezca un monto mayor. Por tanto, la única forma que tiene cada una de ellas para minimizar el riesgo de sobornar con una cantidad menor a la de su oponente, es ofreciendo una cantidad tal que se equipare a la ganancia esperada del pleito neta de los costos del mismo (*GEN*). Esto es, estarán dispuestos a pagar aquel precio que en el margen se equipara con el beneficio esperado²⁰ del litigio sin soborno, tomando en consideración las costas procesales: $S = P(Q) - C = 40$.

Dado lo anterior tenemos la siguiente información:

$$Q = 100, P = .50, P' = 1, P'' = 0, S = 40, C = 10$$

Si A no soborna y B no soborna, entonces los pagos serán los siguientes:

$$GENa = P(Q) - S = 40$$

$$GENb = P(Q) - S = 40$$

Si A soborna y B soborna, entonces los pagos serán:²¹

$$GENa = P(Q) - S - C = 0$$

$$GENb = P(Q) - S - C = 0$$

Si una de las partes soborna y la otra no soborna sus pagos serán:

$$GENs = P'(Q) - S - C = 50$$

$$GENns = P''(Q) - C = -10$$

Por tanto nuestra matriz de pagos queda de la siguiente manera:

MATRIZ DE PAGOS		SUJETO A	
		S	NS
Sujeto B	S	0,0	50,-10
	NS	-10,50	40,40

²⁰ El beneficio o valor esperado es el valor de un suceso multiplicado por la probabilidad de que este suceda. Así, en el caso del litigio, el beneficio esperado para cualquiera de las partes estará dado por el monto en disputa y por la probabilidad en que dicha parte estime sus posibilidades de victoria.

²¹ Adviértase que como ambas tienen un incentivo a sobornar por la misma cantidad, en este supuesto la probabilidad de un fallo a favor (P) es idéntica a la del supuesto en el que ninguno soborna.

Como el lector podrá advertir, el juego se puede plantear como un dilema del prisionero,²² pues toda vez que ambos litigantes estarían mejor si decidieran no sobornar (*NS, NS*), no cuentan con los incentivos necesarios para ello y el equilibrio de Nash²³ se encuentra en la peor situación de todas (*S, S*).²⁴ Lo anterior toda vez que la estrategia dominante²⁵ para ambos resulta ser sobornar.

¿Qué sucede si variamos algunos supuestos del juego para hacerlo más acorde con la realidad? Asumamos, a diferencia del ejemplo planteado, que en esta ocasión las estimaciones de ganar por parte de cada uno de los litigantes son distintas. El juez, al analizar el caso sabe qué tan fuerte o débil es el argumento de cada una de las partes. Seguiremos trabajando con un supuesto de neutralidad al riesgo. Para develar algunas implicaciones interesantes del modelo, seguiremos las ideas expuestas por Begovic.²⁶ Por principio de cuentas, parece claro que un juez no se dejará sobornar en toda ocasión. ¿Cuáles serán las condiciones bajo las cuáles un juez podrá ser sobornado? Asumiendo neutralidad al riesgo y la ausencia de intereses éticos o morales dentro de su función de utilidad, podemos señalar que un juez estará dispuesto a ser sobornado solo si los beneficios del soborno se equiparan, por lo menos, al castigo que se le impondría en caso de ser descubierto, es decir: $P(B) = 1 - P(B-F)$. Suponiendo que *B* es el beneficio de ser sobornado y que *F* es la sanción asociada al delito de soborno, entonces tendremos que un juez aceptará el soborno si se cumple la condición: $P(B) = 1 - P(B-F)$.

De lo anterior se desprende que el monto mínimo (*B_{min}*) que un juez neutral al riesgo estará dispuesto a aceptar como soborno estará deter-

22 El dilema del prisionero es un modelo de conflictos frecuentes en la sociedad que ha sido estudiado por la teoría de juegos, <http://www.eumed.net/cursecon/juegos/presos.htm>.

23 Un equilibrio de Nash se refiere a la mejor estrategia posible que pueden asumir los jugadores con independencia de lo que su contraparte haga. Nótese que el equilibrio de Nash no necesariamente coincide con la mejor situación cooperativa (40, 40) misma que a su vez constituye un óptimo paretiano.

24 Un problema adicional es el hecho de que un juego de esta naturaleza favorece la especialización de las partes en estrategias de soborno. La especialización se da a través del empleo de recursos escasos en una actividad que no es aquella que comporta su mejor uso. Así, el soborno judicial es socialmente ineficiente por partida doble (ya que son ambas partes las que cuentan con los incentivos para sobornar). Desde este punto de vista, resulta cuestionable que el soborno pueda, en algunos casos, generar un óptimo de Pareto, o siquiera de Kaldor Hicks, pues para sostenerlo tendríamos que introducir en el modelo la función de utilidad del resto de la sociedad que también se ve afectada.

25 Una estrategia es dominante para uno de los jugadores del juego, cuando es la mejor estrategia que puede adoptar con independencia de lo que haga su contraparte.

26 Begovic, Boris, *Judicial Corruption: a Theoretical Model*, <http://ssrn.com/abstract=734103>.

minado por la sanción esperada,²⁷ es decir, $B_{min} = pf$. Lo anterior es consistente con el modelo de delincuente racional de Becker²⁸ cuando señala que una persona optará por delinquir cuando los beneficios esperados netos de los costos sean iguales o mayores al costo esperado de tal actividad (entendiendo por tal la magnitud del castigo multiplicada por la probabilidad de que éste ocurra). En este sentido conviene preguntarnos ¿qué factores inciden en el aumento a disminución de las variables relevantes para la decisión del juez? Por principio de cuentas un aumento en las penas normalmente se produce vía legislativa; sin embargo, como bien sabemos, para determinada clase de delitos podemos llegar a un nivel a partir del cual las penas pueden parecer excesivas. Por tanto, la variable magnitud del castigo puede ser modificada solo hasta cierto nivel.²⁹ La otra vía para modificar los incentivos para dejarse corromper es la probabilidad de condena. Buena parte de la literatura en análisis económico de derecho pone énfasis en el hecho de que las personas se muestran más sensibles a cambios en la probabilidad de aprehensión y sanción que en cambios en la magnitud de las penas. Sin embargo, normalmente el aumento en las probabilidades de condena conlleva una importante inversión en cuerpos de policía, técnicas de investigación, etcétera, que la hacen deseable solo hasta el punto tal en que el beneficio marginal de tales acciones se equipara con el costo marginal de las mismas. Con todo esto, Begovic³⁰ hace énfasis en una variable que no puede pasar desapercibida para explicar, manteniendo a las demás constantes, el aumento o disminución en la probabilidad de condena de un juez corrupto. Esta variable se refiere a la estimación que se tenga en cuanto a la fortaleza de los argumentos de alguna de las partes. Dicho de forma sencilla: si una de las partes dentro de un litigio presenta argumentos más convincentes que otra y el caso se falla en su contra debido a corrupción, es más probable que ese caso sea descubierto. En cambio, casos en donde no se desprende —*a priori*—

²⁷ La sanción esperada se refiere a la magnitud de la sanción multiplicada por la probabilidad que esta tenga de aplicarse. Así una sanción de \$100,000 con una probabilidad de ser aplicada de .15 se convierte en una sanción esperada de \$15,000.

²⁸ Becker, Gary, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, núm. 76, 1968, pp. 169-217, <http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker>.

²⁹ Lo anterior tiene repercusiones tratándose de sistemas con un alto nivel de impunidad y en aquéllos donde los delitos no se denuncian. De acuerdo al principio del multiplicador, dichos sistemas requerirían sanciones muy elevadas para conservar su eficacia disuasoria. Un problema adicional, sobre todo cuando existe corrupción sistémica, es el hecho de que la misma ocasiona pérdida de legitimidad y confianza en el sistema judicial, produciendo una espiral de impunidad que solo genera mayor corrupción.

³⁰ *Ibidem*, p. 6.

un claro ganador, pueden abrir más oportunidades para el soborno. Así, entre más dispares sean las probabilidades de prevalecer en juicio, sin necesidad de soborno, para cada una de las partes, mayor será la cantidad que estará dispuesto a aceptar un juez en orden de ser sobornado.

El siguiente cuestionamiento tiene que ver con el máximo que las partes estarán dispuestas a otorgar como soborno. Señalamos con anterioridad que el precio (soborno) máximo que las partes estarán dispuestas a pagar en orden de hacerse con la sentencia será aquel que se iguale en el margen con su beneficio esperado. Para ello, el potencial corruptor deberá tomar en cuenta varios elementos: por un lado está la cantidad que otorga a manera de soborno (B), por otro lado está la ganancia que obtiene por una sentencia favorable (R), la sanción establecida por la ley en caso de ser descubierto (k), la probabilidad de condena (p) y los costos de transacción³¹ en que incurre, ya que al tratarse el soborno de una especie de “contrato informal” para la compra-venta de sentencias favorables, las partes se ven incentivadas a incurrir en costos de transacción (t) con el objeto de asegurar el cumplimiento de tal acuerdo. De tal forma que si:

$p(-B-t-k) + (1-p)[R+(-B-t)] = p(R) - (1-p)R$, habrá incentivos para que las partes ofrezcan un soborno al juez.

Luego entonces la clave de política pública para que no existan sobornos (corrupción) está en cumplir la condición donde:

$$P(-B-t-k) + (1-p)[R+(-B-t)] = p(R)-(1-p)R < pf$$

Es decir, la oferta máxima de los litigantes (precio de reserva) sea menor que el mínimo que el juez está dispuesto a aceptar como soborno.

III. TRANSPARENCIA JUDICIAL E INCENTIVOS AL SOBORNO

¿Qué papel juega la transparencia dentro del modelo? Se podría argumentar que el grado de transparencia de un Poder Judicial es importante a la hora de determinar cuál será la cantidad mínima que el juez estará dispuesto a aceptar en caso de soborno y tendrá un efecto más

³¹ Por costos de transacción entendemos a aquéllos en los que se incurre para realizar un intercambio económico y que pueden referirse a costos de investigación, información, negociación, decisión, vigilancia o ejecución.

pronunciado en los casos menos controvertidos. Tal y como hemos señalado con anterioridad, si un caso muestra argumentos más o menos contundentes a favor de una de las partes y es fallado en contra, existe una mayor probabilidad de que el soborno sea descubierto. La transparencia juega un papel importante ya que, al reducir los costos en el monitoreo de los casos, propicia la discusión y el análisis público (sobre todo por parte del sector académico y ONG's) de las sentencias que emiten los tribunales. El hecho de que las sentencias de los tribunales se sometan al escrutinio público elevaría la probabilidad de detección (y condena) y por ende la cantidad mínima que los jueces estarían dispuestos a aceptar para poder ser sobornados. Esta cantidad es el precio que el corruptor tiene que pagar en orden de obtener la sentencia a su favor. Como bien sabemos, un aumento en el precio de un determinado bien o servicio tiene como consecuencia una disminución en la cantidad demandada del mismo. Sin embargo, entre más controvertido sea el caso, menos capacidad disuasoria se logrará a través de la transparencia y mayores oportunidades para la corrupción. Por otro lado y siguiendo a Buscaglia,³² a medida que la corrupción se hace sistémica, los mecanismos tradicionales de aplicación (*enforcement*) de la ley que afectan al castigo esperado se hacen menos efectivos y, por ende, es de esperar que en aquellas situaciones donde la corrupción sea sistémica el efecto de la transparencia sea más débil que en aquellos donde no lo es. En consecuencia podemos enunciar las siguientes deducciones:

1: *Ceteris paribus*, la publicidad de las sentencias favorece la reducción de la corrupción judicial.

2: *Ceteris paribus*, el efecto de la transparencia sobre las oportunidades de soborno será menor entre más complejo resulte el juicio.

3: *Ceteris paribus*, el efecto de la transparencia sobre la cantidad de sobornos demandados será menor en los sistemas con corrupción sistémica.

El razonamiento que sustenta la primera deducción tiene, sin embargo, algunos puntos débiles. Es cierto que la transparencia aumenta la probabilidad de condena del juez corrupto, sin embargo, esto no necesariamente se refleja en un aumento en el precio de la sentencia. Para ejemplificarlo atenderemos, una vez más, a un ejemplo numérico y distinguiremos dos clases de situación: un juicio controvertido y un juicio no controvertido.

³² *Ibidem*, p. 2.

Asumiremos de nueva cuenta los mismos supuestos planteados en nuestro modelo original. Éstos son: la existencia de dos litigantes A y B, el valor del litigio para ambos (Q) es de \$100, los costos de litigar (C) para cada uno de ellos ascienden a \$10. Se sigue una regla de independencia en el pago de las costas. El que ofrezca un soborno mayor se lleva el fallo. El caso es controvertido por lo que, en ausencia de soborno, las partes tienen idénticas probabilidades de ganar ($P=.50$). Si asumimos neutralidad al riesgo, la cantidad máxima que ambos estarán dispuestos a otorgar como soborno será aquella que se equipara a su ganancia esperada neta de los costos, es decir, \$40.

Como nos encontramos ante un caso muy controvertido en el que cada litigante, sin soborno, tiene la misma probabilidad de ganar, la probabilidad para la detección de una sentencia producto de un soborno es muy baja. Por tanto, el efecto de la transparencia (publicidad de sentencias y procesos) será débil. Siguiendo el planteamiento de Becker³³ en donde $b = pf$ es la condición para que el juez acepte el soborno, podemos concluir que en aquellos casos menos controvertidos (y por tanto donde “p” es menor) el juez estará dispuesto a vender su sentencia a un precio más bajo. Supongamos que en este caso, la probabilidad de ser detectado sea de .10 y la sanción a la que se enfrenta el juez es de \$100. Luego entonces la cantidad mínima en la que habrá de vender su sentencia será \$10 y dado que tanto A como B están dispuestos a pagar hasta un máximo de \$40, existen incentivos al soborno.

Veamos que sucede ahora en un caso no controvertido. Los supuestos serán los mismos excepto por las probabilidades que tienen los litigantes de ganar. En este caso A tendrá una probabilidad de .80 en tanto que la probabilidad de B será de .20. Una primera observación que podemos hacer es que el valor esperado del juicio neto de los costos del mismo es diferente para ambos litigantes. En este orden de ideas A estaría dispuesto a comprar la sentencia pagando un precio máximo de \$70, en tanto que B estaría dispuesto a pagar un precio máximo de \$10. Sin embargo, el que el caso sea no controvertido implica que el juez tiene mayor probabilidad de ser descubierto (en caso de aceptar el soborno) si falla a favor de B y menor probabilidad si falla a favor de A. Vamos a asumir, por tanto, que si falla a favor de B la probabilidad de ser descubierto será de .90, en tanto que si falla a favor de A, la probabilidad será de .10. En este orden de ideas, el precio por el cual estará dispuesto a vender su sentencia será distinto en uno y otro caso. Tratándose de un fallo a favor de A, el precio mínimo de la sentencia es de \$10, en tan-

³³ *Ibidem*, p. 7.

to que tratándose de B, el precio mínimo de la sentencia ascendería a \$90. Por tanto, no existen incentivos para que B soborne al juez, pero sí existen incentivos para que sea sobornado por A. De hecho, entre menos controvertido es el caso, el margen de negociación sobre el precio de la sentencia entre la parte más fuerte y el juez aumenta, lo que genera incentivos hacia el soborno por parte del litigante más fuerte.

Por lo anteriormente expuesto no parece claro, por lo menos desde el punto de vista teórico, que la publicidad de las sentencias y los procesos reduzca los incentivos hacia el soborno, en específico aquél orientado a comprar sentencias favorables. Tratándose de casos controvertidos el efecto de la transparencia es anulado dado que las probabilidades de prevalecer en juicio con y sin soborno tienden a converger, lo cual dificulta la detección de sentencias que han sido compradas. Tratándose de casos no controvertidos el efecto de la transparencia es anulado por el hecho de que los incentivos a sobornar se ubican por el lado del litigante con el caso más fuerte y por ende la probabilidad de detección de una sentencia que ha sido comprada también es pequeña.

IV. CONCLUSIONES

El AED es una herramienta útil para analizar el impacto que la legislación y las reformas judiciales tienen en la conducta de los individuos. En este sentido, el empleo de modelos simplificados de la realidad ayuda a dilucidar la lógica subyacente en muchas de las decisiones que se toman en situaciones de interacción estratégica como lo puede ser un proceso judicial.

En el presente trabajo hemos querido exponer, a través del empleo de la teoría de juegos, la estructura de incentivos que rodea a los actores de un juicio en torno a la acción de sobornar para comprar una sentencia. Posteriormente hemos analizado qué efecto pudiese tener la publicidad de las sentencias y los procesos en dicho entorno. Lo anterior es relevante toda vez que uno de los argumentos a favor de la introducción de políticas de transparencia estriba en el hecho de que éstas podrían reducir las oportunidades de corrupción siendo el soborno una de sus manifestaciones más perniciosas.

Más allá de las externalidades positivas que las políticas de transparencia pueden tener en algunas áreas como la litigiosidad o la calidad en las resoluciones judiciales, nuestro trabajo esgrime argumentos que contradicen la noción de que la publicidad de sentencias y procedimientos disuade el soborno judicial. En este sentido hemos expuesto que,

tratándose tanto de casos controvertidos como no controvertidos, el efecto disuasorio de la transparencia se ve anulado por una baja probabilidad de detección. De hecho, la única diferencia entre uno y otro caso está relacionada con la distribución de los incentivos al soborno, distribución equitativa en el primero de los casos y sesgada hacia el litigante con el caso más fuerte en el segundo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BARRO, Robert y SALA I MARTÍN, Xavier, *Economic Growth*, Estados Unidos de América, McGraw Hill, 1995.
- BECKER, Gary, "Crime and Punishment: an Economic Approach", *Journal of Political Economy*, 1968, núm. 76, <http://www.wiwi.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>.
- BEGOVIC, Boris, *Judicial Corruption: a Theoretical Model*, <http://ssrn.com/abstract=734103>.
- BLACKBURN, Keith *et al.*, "Endogenous Corruption in Economic Development", *Journal of Economic Studies*, vol. 37, núm. 1, 2010.
- BUSCAGLIA, Edgardo, *Judicial Corruption in Developing Countries: It Causes and Economic Consequences*, United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention – Centre for International Crime Prevention, CICP-14, 2001, <http://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/cicp14.pdf>.
- CASTELAR PINHEIRO, Armando y CABRAL, Celia, *Credit Markets in Brazil: The Role of Judicial Enforcement and Other Institutions*, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de trabajo R-368, 1999, <http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubR368.pdf>.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- FRIEDMAN, David, *Price Theory: an Intermediate Text*, Estados Unidos de América, South Western Publishing, 1986.
- HELLMAN, Joel y KAUFMANN, Daniel, "La captura del Estado en las economías en transición", *Finanzas y Desarrollo*, vol. 38, núm.3, 2001, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/index.htm>.
- JEFFREY, Craig, "Caste, Class and Clientelism: a Political Economy of Everyday Corruption in Rural North India", *Economic Geography*, Estados Unidos de América, vol. 78, núm. 1, 2002, <http://www.jstor.org/stable/4140822>.

- LASH, Nicholas, "Corruption and Economic Development", *Journal of Economic Asymmetries*, Estados Unidos de América, vol. 1, núm. 1, 2004.
- MARÍ-KLOSE, Pau, *Elección racional*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2000.
- MAURO, Paolo, "Corruption and Growth", *The Quarterly Journal of Economics*, Estados Unidos de América, vol. 110, núm. 3, 1995, <http://www.jstor.org/stable/2946696>.
- PASTOR, Santos y VARGAS, Carmen, "El coste de la justicia: datos y un poco de análisis", en PASTOR, Santos y MORENO CATENA, Víctor (coords.), *El coste de la justicia*, Madrid, CGPJ, 2002.
- POLINSKY, Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, Estados Unidos de América, Aspen Publishers, 2003.
- POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Estados Unidos de América, Harvard University Press, 2004.
- VOIGT, Stefan, "¿Cuándo es más probable que los jueces sean corruptos?", *Transparencia internacional. Informe global sobre la corrupción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- WEI, Shang-Jin, "Corruption in Economic Development: Beneficial Grease, Minor Annoyance, or Major Obstacle?", *World Bank Policy Research Working Paper*, núm. 2048, 1999, <http://www.ssrn.com/abstract=604923>.