

¿JUSTICIA SIN ESTADO? ¿ES EL ESTADO UN MAL INNECESARIO?

ARMANDO TORRENT RUIZ*

Datos de la obra reseñada:

Título: «Justicia sin Estado»

Autor: Bruce Benson

Editorial: Unión Editorial, Madrid 2000

Número de páginas: 432

La primera fórmula interrogativa de estas reflexiones la tomo del título de un libro de Bruce Benson¹ al que originariamente había pensado realizar una reseña que me había encargado el Director de la Revista, pero dada la singularidad e importancia de su obra me ha parecido preferible darle otra estructura, obligado además por las necesarias referencias a la realidad española de todos los que intervienen en el mantenimiento del orden; la segunda fórmula interrogativa que tomo del conjunto de los escritos de Rothbard es una derivación consecuente de las ideas de Benson puestas al servicio del libre mercado desde principios liberales y anhelo de paz entre los hombres, en que el Estado no sería el complejo aparato coercitivo al que estamos acostumbrados, sino todo lo más una gran estructura o mutualidad de servicios. En nuestros días el retroceso del sector público parece evidente y deben darse por superadas las tesis en su momento importantes de Schumpeter y Keynes por citar dos conspicuos economistas, hacia economías planificadas e intervencionistas asociadas a la cerrada crítica al capitalismo acusado de la gran depresión de 1929. Quedaron al margen de estos llamamientos al socialismo de Estado la Escuela de Viena primero, y

* Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Rey Juan Carlos.

¹ Benson, *Justicia sin Estado*, Unión Editorial, Madrid, 2000, pgs. 432, traducción de José Ignacio del Castillo y Jesús Gómez.

la de Chicago mas tarde, y empezaron a cambiar los vientos teóricos en 1973 con el célebre artículo de Friedman sobre el papel de la política monetaria que ponía en solfa la función del Estado como generador y distribuidor de riqueza, y hoy sobre todo después del derrumbe de la Unión Soviética parece claro que un desarrollo económico sostenible no puede entenderse sin el papel creciente de las empresas privadas. El libro de Benson representa un hito importante en la defensa de la eficiencia de la empresa privada por encima del sector público en todo tipo de actividades que hasta hace poco se entendían competencia exclusiva del sector público dirigido por políticos y gestionado por funcionarios, con una maraña de leyes, conjuntos normativos y burocracias ineficientes pretendidamente especializadas; se ha comprobado que la producción de los mismos bienes y servicios ofrecidos a los ciudadanos se realiza a menores costes por empresas privadas. De todo ello trata Benson que hace una mención especial a los servicios de mantenimiento del orden: jueces, fiscales, cuerpos policiales defendiendo su mejor producción privada que pública.

El trabajo de Benson sin duda es una obra importante que aborda muchos temas que rozan la Historia del Derecho, la Historia económica, Organización de empresas, Derecho administrativo, constitucional, penal, problemas importantes de Filosofía del Derecho y de análisis económico del Derecho, o si se quiere de aplicación al Derecho de la teoría económica. Es un libro que hay que leer y releer con atención que plantea a juristas y economistas muchas interrogantes que trataré de poner en claro, en primer lugar tratando de recoger con fidelidad su contenido, para al hilo de su argumentación proponer algunas ideas o soluciones en debate con lo expuesto por el Autor comparando la situación USA con la española. Su obra dividida en cinco partes y XV capítulos plantea desde la óptica de la escuela austriaca cuyos máximos representantes, Hayek y von Mises, han encontrado notables seguidores en USA², la privatización del mantenimiento del orden público y la justicia dada la creciente evidencia de ciudadanos insatisfechos por la patente ineficiencia de dichos servicios que desde la implantación del Estado moderno a partir del pensamiento de Macchiavelo y Jean Bodin en el s. XVI, y en las constituciones del s. XIX, se había convenido que son competencia exclusiva del Estado. Ciertamente que la mayor parte de estas ineficiencias las refiere el Autor a la situación USA; sus numerosas citas bibliográficas son de autores americanos concernientes a la

² También en España debido al poderoso impulso del Prof. Huerta de Soto que ha tenido el mérito de crear una potente escuela de economistas ambientados en las propuestas de Hayek.

situación en aquel país³, como también los ejemplos de ineficiencias de aquellas funciones cuando son ejercitadas por entidades públicas; muchas pueden extrapolarse a los países del continente europeo (entre ellos por supuesto el nuestro), partiendo de que dichos servicios en manos de organizaciones privadas tendrían menor coste para los ciudadanos y serían mas eficientes, planteando problemas tan interesantes como si no convendría volver a un Derecho consuetudinario en el sentido de creado por los ciudadanos conscientes de cuales puedan ser las mejores reglas de interrelación, que entienda mas eficientes y con menores costes que la producción autoritaria del Derecho por el Estado y su control por autoridades públicas (jueces y policía). El creciente descontento con todos los aspectos de la administración de justicia (lenta e ineficaz) y con la ineficiencia del sistema penitenciario en USA (extrapolable a España), hace que se plantee no tanto por académicos, pero sí entre amplias capas de la población, la reforma y hasta la sustitución por organizaciones privadas encargadas de aquellos aspectos. El Autor, partidario de ello se sirve de la teoría económica para comparar las instituciones e incentivos que influyen en la producción pública y privada de justicia, superando la idea —a mi modo de ver hoy trasnochada— que el Derecho no es susceptible de análisis económico en cuanto la aplicación de la teoría económica sólo requiere medios escasos y fines alternativos. Como muy bien dice el Autor la administración de justicia (los servicios de policía y los tribunales) implica la asignación de recursos escasos a fines alternativos, y la teoría económica explica la conducta humana teniendo en cuenta como reaccionan las personas a los incentivos y las restricciones (p. 12). Su idea central se dirige a demostrar que las instituciones privadas (con o sin ánimo de lucro) son capaces de crear fuertes incentivos para establecer leyes y hacerlas cumplir, y a la inversa trata de demostrar que las instituciones del sector público crean incentivos que pueden arrojar grandes dosis de ineficacia en la prestación de los mismos servicios, teniendo en cuenta que la actual confianza en el Estado para dictar leyes y establecer el orden no ha sido siempre la norma histórica.

A mi modo de ver el Autor expone un ataque frontal al Derecho positivo y al modo de producción y aplicación del mismo. Tanto analizado como problema como en su vertiente sistemática, no deja de tener un fondo de verdad; hoy en día parece valor adquirido que el exceso de legalismo conduce al totalitarismo anulador de la libertad individual

³ Normalmente citaré según las propias menciones de Benson, especialmente porque dada su frecuente apelación a revistas norteamericanas tengo que confesar que muchas no me han sido accesibles.

y la iniciativa privada que el Autor pone a la base de toda su reflexión. Para llegar a estas conclusiones se fija especialmente en la evolución del Derecho mercantil que sigue siendo el más receptivo a normas internacionales de producción privada que aseguran transacciones económicas más dinámicas y seguras, y en el Derecho penal que critica desde una triple vertiente: la ineficiente y sometida a vaivenes políticos producción estatal de normas coercitivas; las oscilantes sentencias de los jueces cuya tardanza en pronunciarse y costes procesales las hacen totalmente inadecuadas a una resolución justa, rápida y eficaz haciendo el Autor una crítica durísima a la pena de privación de libertad en prisiones de costes altísimos, que serían mucho más baratas y eficientes en un mercado competitivo de empresas de servicios penitenciarios; y el propio papel de la policía pública en el mantenimiento de la defensa de los ciudadanos contra el crimen, que debiendo atender una demanda ilimitada tiene que priorizar su esfera de actuación desatendiendo otras funciones como la preventiva, mucho más rentable que la meramente represiva después de cometido el acto delictivo cuya reparación con el vigente sistema penal en ningún modo restaura el interés de las víctimas. ¿Será posible una Justicia sin Estado?, o desde otra punto de vista ¿cabe un Estado con competencias mucho más limitadas de las que desarrolla actualmente? No cabe duda que el Estado desde que se organiza con una visión centralista y totalizadora tiende a crecer, sus burocracias demandan mayores presupuestos, los grupos de interés exigen la protección pública de sus propios fines que no suelen coincidir con el interés general, el ciudadano paga más por unos servicios que nunca alcanzan a todos, por lo que en el fondo el problema se limitaría a un acotamiento progresivo de estas funciones que si hasta ahora se entienden de competencia pública, pueden ser mejor desempeñadas por organizaciones privadas, porque incluso las propias constituciones sólo suponen un pequeño freno temporal a la tendencia al crecimiento desmesurado del Estado. ¿Es posible limitar el Estado? El propio Autor advierte la dificultad de ello, y parafraseando a Rothbard dice que «la idea de un Estado limitado que se mantiene como tal, es verdaderamente utópica» (p. 427).

Veamos sus argumentos. En la primera parte (caps. I y II) se refiere a la evolución desde una justicia voluntaria a una justicia autoritaria, partiendo de la idea de Fuller⁴ de que el Derecho entendido como «orientación que toma la acción intencionada consiste en someter a normas la conducta humana», consiste tanto en las normas como en los mecanismos o procesos que pretenden aplicarlas, añadiendo inmediatamente que las personas deben tener incentivos para acatar normas

⁴ Fuller, *The morality of Law*, Yale Univ. Press, Nes Haver, 1964, p. 30.

de conducta; de lo contrario las normas serían irrelevantes. En un sistema consuetudinario el deber de respetar las normas tiene su origen en la reciprocidad; la 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 éstos se comporten como él espera» (p. 22). Hasta aquí no hay nada nuevo; la novedad está en el planteamiento económico del coste de imposición de estas normas, que si son impuestas desde arriba coercitivamente por una minoría requerirán mucha mas coacción que si se establecen desde abajo por medio de mutua aceptación y respeto residiendo su mayor incentivo en la defensa de la propiedad y los derechos individuales. Este es otro de los argumentos esenciales del Autor: las normas jurídicas (con o sin Estado) deben dirigirse a la defensa de la propiedad individual; este es el bien fundamental y en función de la eficiencia de su defensa entiende demostrado que funciona mejor en un sistema consuetudinario donde los delitos se consideran antes como daños (responsabilidad civil) que como crímenes (actos gravemente antisociales), y en caso de disputas su resolución por el arbitraje privado es mucho menos onerosa que el primitivo recurso a la violencia o el posterior a la tutela estatal.

Hasta aquí se puede estar de acuerdo con los planteamientos teóricos del Autor; ya no me parecen tan concluyentes los ejemplos a los que apela como los papúes kapauku de Nueva Guinea Occidental (p. 26-32), sin mencionar para nada una situación mucho mas documentada que además hizo sentir su poderosa influencia en la Historia del Derecho europeo como es la creación y evolución del Derecho en Roma, nacido por vías consuetudinarias con fuerte enraizamiento en la religión primitiva, pero con un apego constante a la realidad diaria interpretada por los *pontífices* en primer lugar, mas tarde por juristas laicos, en que los hechos normativos tiene un preponderante sentido consuetudinario y la resolución de los conflictos era confiada a un *iudex privatus*, factores que alejan el Derecho romano de una estricta consideración estatal como se entenderá siglos mas tarde⁵ convirtiéndose en lugar común en Europa a partir de la progresiva afirmación del Derecho real.

Dentro de lo que llama el Autor «sistemas jurídicos consuetudinarios de adhesión voluntaria» sitúa los comienzos del *common law* arrancando del Derecho anglosajón previo a la invasión normanda, que siguiendo a Sir Frederick Pollok y Frederick W. Maitland⁶ considera

⁵ Torrent, *Derecho romano ¿Derecho de doctos o Historia de problemas técnico-jurídicos?*, «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», vol. C (2000) p. 165 ss.

⁶ Pollok and Maitland, *The History of English Law*, I, Washington, 1959, p. 27.

como una superestructura que descansa en una amplia base consuetudinaria que defiende con énfasis la integridad física y la propiedad. En este punto no hacían otra cosa que seguir sus precedentes germánicos donde todos los miembros de una comunidad (*sippe*) eran mutuamente responsables de su seguridad y de la acusación a los delincuentes, y donde la *sippe* era un grupo tan poderoso y tan firmemente arraigado en la costumbre y la tradición que nunca cedió totalmente su prioridad al Estado⁷, resolviéndose los conflictos mediante sistemas de arbitraje a través de procesos no coercitivos; si las partes no cooperaban podían verse privadas de la protección de la comunidad⁸ que rechazaba a quienes no gozaran de buena reputación; fuera de la comunidad el individuo aislado estaba obligado a ser autosuficiente (p. 35), y de los delitos o faltas sólo se respondía económicamente. Ni la monarquía sajona en principio electiva ni los condes territoriales antes del 1066 tenían poderes soberanos para imponer el acatamiento de las sentencias; la monarquía no se desarrolló con el propósito de administrar justicia (p. 38) ni de legislar, sino que su principal cometido era la guerra dejando el mantenimiento del orden a los grupos locales. De todos modos la libertad y el bienestar de los hombres libres disminuyó en la medida que se acrecentaba el poder real que unificó Inglaterra hacia el año 937, asumiendo las competencias locales los agentes del rey (*sheriffs*). Frente a las invasiones danesas de los s. X y XI el rey pudo hacerles frente con cuantiosos recursos obtenidos de fuertes impuestos, por lo que concluye (pgs. 41-42) que el reino anglosajón no nace de la promulgación de leyes o para el mantenimiento del orden en el interior, sino por causas de guerras exteriores. También en la administración de justicia tenían los reyes una sustanciosa fuente de ingresos; las violaciones de ciertas leyes se comenzaron a ver como violaciones de la paz del rey que no proporcionando ninguna satisfacción a las víctimas servía al monarca para aumentar sus ingresos asumiendo mayores competencias legislativas y de orden público en detrimento de los antiguos usos privados.

Mayor hincapié hace el Autor en la validez del Derecho consuetudinario en materia comercial que desmonta el mito de que el Estado debe definir y hacer cumplir las reglas de juego. El incremento del comercio y la urbanización posteriores al año 1000 hizo surgir una clase de comerciantes profesionales con una vasta red de intercambios internacionales, de forma que los usos y costumbres mercantiles occidentales comenzaron a verse como un sistema integrado en constante desarrollo, un sistema privado en que los comerciantes regulaban sus propios asuntos

⁷ Lyon, *A constitutional and legal History of medieval England*, New York, 1980, p. 83.

⁸ Baker, *An introduction to English Legal History*, London, 1971, p. 10.

mediante sus usos y prácticas en un mercado libre, único en que es posible obtener lo más parecido a una medida exacta del valor de bienes dispares. La reciprocidad necesaria para acatar los usos y costumbres mercantiles surgió de los beneficios mutuos que los intercambios podían generar (p. 44), y a medida que las reglas del comercio se iban haciendo más precisas se ponían por escrito aunque sin valor de Códigos legales gobernándose los mercaderes sin recurrir a la fuerza coactiva del Estado; tenían sus propios tribunales para administrar justicia basándose la fuerza ejecutiva de sus sentencias en la amenaza de exclusión social. Los compromisos de los mercaderes eran vinculantes porque su intención era que lo fuesen, no porque alguna ley obligase a que los cumplieran⁹. El Autor entiende que los mercaderes formaban sus propios tribunales en primer lugar porque el Derecho real era diferente del mercantil: los tribunales de la Corona no enjuiciaban litigios de contratos celebrados en otros países, no ratificaban contratos con cláusulas de pago de intereses por la prohibición canónica de la usura, y no consideraban los libros mercantiles como prueba válida; además porque los litigios mercantiles eran de gran complejidad técnica componiendo los jurados los mercaderes más expertos, y porque las resoluciones mercantiles requerían gran rapidez y ausencia de formulismos sin permitir apelaciones para evitar retrasos y quebrantos al comercio ni requerir confirmación notarial para probar la existencia de un contrato; en el s. XII ya se conocía la libre transferencia documentaria de las deudas (libre circulación de instrumentos de crédito como pagarés y letras de cambio), se consideraban válidos los actos de los representantes comerciales sin necesidad de autorización expresa, y la transmisión de la propiedad se perfeccionaba sin necesidad de entrega física. Se debe por tanto a los mercaderes una serie de innovaciones jurídicas que acaban siendo aceptadas por los tribunales reales.

Como conclusión de este primer capítulo el Autor es tributario de Hayek¹⁰ cuando sostiene que las normas que surgen de las costumbres tienen que poseer necesariamente ciertos atributos que las leyes autoritarias elaboradas por un gobernante pueden quizá tener, aunque no necesariamente; sólo los tendrán en cuanto esas leyes sean una articulación de prácticas ya existentes, y estos atributos no son otros que el énfasis de la costumbre en los derechos individuales, porque el reconocimiento de las obligaciones legales requiere la cooperación voluntaria de los individuos a través de pactos mutuos.

⁹ Trakman, *The Law Mercant. The evolution of Commercial Law*, Littleton, 1983, p. 16.

¹⁰ Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, I, Chicago, 1973, p. 85 (existe traducción española publicada en Madrid, 1988, por Unión Editorial; nueva edición en un sólo volumen, 2006).

Adelantando conclusiones yo tendría que decir que aún reconociendo lo bien argumentado del pensamiento del Autor, me parece que este breve bosquejo histórico que presenta no es completo; en primer lugar me parece poco significativo las ideas que trae de la vida jurídica de los papúes no citando para nada la aportación del Derecho romano en el *mos mercatorum*, el *mos regionis*, y su propio nacimiento como Derecho esencialmente consuetudinario guiado por juristas prácticos antes que por un legislador¹¹. También me parece demasiado unilateral haber centrado su visión histórica en la evolución medieval inglesa del Commercial Law, sin haber tenido en cuenta las grandes aportaciones del *ius commune* europeo, especialmente de las Repúblicas mercantiles italianas magistralmente estudiadas por Calasso, Cortese, y entre nosotros por Martínez Gijón para la experiencia mercantil medieval española.

El segundo capítulo lo dedica el Autor a la afirmación del Derecho autoritario partiendo de que cuando el Estado se inmiscuye en los asuntos del Derecho es probable que cambien tanto las normas de conducta como las instituciones establecidas para hacerlas cumplir, y que las funciones principales del Estado son actuar como mecanismo redistributivo que quita riqueza a unos para transferírsela a otros, así como discriminar entre grupos para determinar quien gana y quien pierde en proporción a su poder relativo. Por tanto la teoría del Estado implícita en esta afirmación (que desarrolla con mas detalle en el cap. IV) presupone que los sujetos implicados actúan en su propio interés, lo que incluye tanto a los demandantes de transferencias como a aquellos que las proporcionan, de manera que las autoridades públicas intentan aumentar su propio bienestar a través de las transferencias dirigidas a sí mismos y a otros que son suficientemente poderosos para afectar al bienestar de los que toman las decisiones (p. 55). Esta es la tesis central del A. para justificar su teoría de que el Estado debe ser privado del monopolio de la producción legal y de la administración de justicia que debe ser transferida a entes privados cooperativos, e intenta justificarla a través de su análisis de la realidad histórica y de la realidad jurídica norteamericana actual.

En muchos casos indudablemente tiene razón, pero a mi modo de ver esto es debido a las ineficiencias del sistema y a la falta de controles sociales de los poderes públicos. Sustancialmente por tanto envuelve una crítica al poder político, y advierto ciertas concomitancias con la crítica marxista al Derecho como instrumento de poder al servicio del grupo dominante (políticos y grupos relevantes de interés) que tiene

¹¹ Vid. Torrent, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Zaragoza, 2002, pgs. 111-116.

un fondo de verdad impresionante, aunque no la cita nunca, y de modo similar al marxismo subyace en el Autor una crítica al utilitarismo pragmático y torticero del Derecho, y en el fondo, una negación de la ciencia del Derecho. Podría decirse que el Autor habla desde la postmodernidad y de la convicción de que estamos en una sociedad en crisis en que la función de la ciencia del Derecho está en continua revisión totalmente desvinculada de problemas axiológicos donde el papel de la ciencia asimismo está en revisión, que probablemente conduce al Autor a tener una consideración errónea en cuanto como ha dicho D'Agostino¹² las ciencias han llegado a ser consideradas no como formas estrictamente pragmáticas de adquisición de conocimientos, sino como horizontes de explicaciones absolutas, no ulteriormente justificables, recíprocamente autónomas, irreducibles y axiológicamente neutrales. No es ésta exactamente la posición del Autor en cuanto trata continuamente de justificar su visión de la utilidad del Derecho y sobre todo su crítica al Derecho estatal al que estamos acostumbrados en la Europa continental, no tanto en el Reino Unido (que Benson toma como modelo) y a su estela en USA, donde encuentra mayores fundamentos para su tesis de aspirar a una Justicia sin Estado.

Para el Autor todo se reduce a una lucha de intereses; los que toman las decisiones políticas discriminan entre los grupos de intereses en función de lo que pueden esperar de ellos. En los antiguos reinos los sujetos poderosos podían intercambiar apoyo militar por privilegios especiales, derechos y propiedades del rey, y los reyes exigían transferencias para su propio beneficio cuando tenían poder suficiente para hacerlo. En esta perspectiva el afán de los que detentan el poder por reducir el papel de otros grupos (y viceversa) cobra pleno sentido: esos otros grupos pueden amenazar sus fuentes de riqueza. Pero si unas transferencias son evidentes y el mayor beneficiario fue a menudo el rey, otras son menos evidentes, y en particular los derechos de propiedad pueden ser alterados a través de modificaciones legales de carácter autoritario. Conforme van creciendo los grupos de presión sus intereses aumentan, ya sea el Estado tratando de ampliar sus límites o un grupo de presión demandando transferencias de riqueza, y puesto que el Derecho autoritario tiene por objeto producir esas transferencias, sólo necesita el apoyo de un grupo de beneficiarios que goce de influencia política.

Según Benson (p. 57) el tiempo y los recursos de los que toman las decisiones políticas son limitados, por lo que el aumento de las demandas políticas fuerza al final la delegación de responsabilidades, con

¹² D'Agostino *La giustizia tra moderno e postmoderno*, Studi in onore di V. Ottaviano, Milano, 1993, p. 1293 recogido en su *Filosofia del diritto*, Torino, 1993, pgs. 111-127.

tres consecuencias: 1^a) Se impone la competencia entre burocracias que luchan por el derecho a imponer ciertas leyes y por los correspondientes presupuestos, poder y prestigio; 2^a) Conforme crecen estas burocracias disminuye la capacidad del Estado de dirigir su acción; 3^a) Conforme crecen estas burocracias suelen convertirse en activos grupos de intereses políticos que demandan nuevas modificaciones de derechos que produzcan transferencias de riqueza hacia los burócratas. Argumenta Benson que los derechos de propiedad proporcionan incentivos que condicionan el comportamiento de tal forma que un cambio en los derechos producirá un cambio en el comportamiento, estimando que debido a que los sistemas legales consuetudinarios hacen hincapié en la propiedad privada y los derechos individuales, las transferencias autoritarias de derechos suponen restricciones de aquélla y de éstos, con el corolario de que cuando el Derecho no se cimienta en la reciprocidad se desvanece el fundamento de la observancia de la ley; consiguientemente las leyes autoritarias requieren más coacción relativa mientras que las reglas consuetudinarias evolucionan para facilitar la interacción voluntaria, pero si las instituciones y leyes del Estado evolucionan para imponerse o reemplazar al Derecho consuetudinario, esto no prueba que sean necesarias para salvaguardar la libertad individual y la propiedad privada, pues precisamente harán lo contrario. Sobre todo me parece una exageración esta última afirmación, que desde luego puede ser cierta en algunas o muchas ocasiones, pero acaso no de suficiente entidad para negar toda virtualidad al Derecho del Estado.

Estos argumentos pretende verlos probados el Autor en el desarrollo del Derecho inglés a partir de las raíces anglosajonas del Derecho real. Siempre me ha asombrado la fascinación de los autores americanos (en los que subyace una honda componente sociológica) por la evolución del Derecho en la Inglaterra bajomedieval, de la que indudablemente participa Benson que aporta una visión amplia de tal evolución desde los Plantagenet con el desarrollo de un sistema judicial en el que concurren particulares, obispos y Derecho real. Para el Autor la función más primitiva del rey en relación con la aplicación de la ley fue la de dar apoyo al sujeto incapaz de llevar ante un tribunal privado a ofensores relativamente poderosos, y el rey como pago por sus servicios recaudaba una parte de la multa impuesta al delincuente; con el tiempo ésta desembocó en un pago al rey por cualquier violación de la «paz real», cuyos beneficios iban al rey o los que gozaran de su favor, de modo que la administración de justicia y sus réditos se convirtieron en instrumentos con los que el rey podía negociar en política; en sus condados los notables participaban de estas rentas obteniendo una gran parte del poder político.

En el primitivo Derecho anglosajón al aumentar el rey sus competencias legales y disponer de unas finanzas mas complejas comenzó a delegar ciertas funciones administrativas, financieras y judiciales. Los primeros «códigos» consistían no tanto en la introducción de nuevos principios sino en las declaraciones de las costumbres o *common law* mantenido por su práctica general constante. Mas tarde el rey la nobleza y la iglesia estarían representadas en el consejo real y algunas leyes autoritarias comenzaron a reflejar los intereses de estos grupos, intereses recíprocos y compensatorios por servicios y beneficios mutuos. Los conquistadores normandos no estaban en posición de eliminar el Derecho consuetudinario anglosajón, pero al establecer una monarquía extremadamente fuerte los reyes normandos utilizaron la ley y la compulsión legal para allegar los ingresos necesarios para sostener sus campañas militares, aumentar su propia riqueza y procurarse el apoyo de los grupos poderosos sustituyendo el sistema antiguo de arbitrajes privados por otro de multas y confiscaciones, penas corporales y pena capital, que al reducir los incentivos de los ciudadanos para mantener acuerdos recíprocos de protección, llevó a los reyes normandos a establecer un sistema judicial y de compulsión para recaudar ingresos por administración de justicia. El primer tribunal permanente (*exchequer*) encargado de representar al rey estaba compuesto por los administradores de Enrique I, se reunía dos veces al año, recibía los ingresos reales, auditaba las cuentas¹³ de los *sheriffs*, y administraba justicia esporádicamente. De vez en cuando alguno de sus miembros era enviado a los condados para oír causas criminales y los litigantes importantes empezaron a considerar que merecía la pena llevar sus casos ante ese poderoso tribunal; en 1135 el *exchequer* había desarrollado sus propios usos legales imponiendo justicia rápida con sustanciosas multas al que no cumpliera con sus obligaciones financieras con el rey, extendiendo su jurisdicción paulatinamente al ámbito civil. La *curia regis* (barones, prelados y miembros de la casa real) reflejaban las opiniones de grupos poderosos y respaldaba al rey en sus relaciones con el Papa y otras potencias extranjeras, siendo ante todo la *curia regis* un Tribunal Real regido por la costumbre y el procedimiento normando que conocía en casos de alta traición y pleitos civiles entre los grandes, fallando

¹³ Me parece una anticipación no comprobada la auditoría en épocas tan remotas, porque hoy se piensa generalmente que comenzó mas tarde. Las primeras evidencias de las que hay noticia son de 1299 en que consta en los archivos del Ayuntamiento de Londres que eran verificadas por auditores las cuentas municipales. En 1324 hay evidencia del nombramiento de tres auditores para revisar las cuentas de la Corona, y habrá que llegar al s. XIX para conocer el gran desarrollo de la auditoría de cuentas en Inglaterra.

ocasionalmente contra las pretensiones del rey. Existía claramente un acuerdo recíproco entre el rey y sus vasallos necesitando cada uno del otro para lograr sus propios objetivos¹⁴.

Los *sheriffs* se convirtieron pronto en los funcionarios locales más importantes del sistema normando con numerosas funciones: actuaban como representantes judiciales permanentes del rey, presidían los tribunales de justicia del condado, eran responsables de la asistencia de los miembros de los tribunales y de los obligados a comparecer, elegían los jurados inquisitoriales para el rey, hacían cumplir las sentencias de los tribunales reales, dirigían la persecución de los delincuentes, les arrestaban y hacían cumplir los decretos reales. Cuando los *sheriffs* eran demasiado codiciosos el rey los sustituía por jueces residentes, pero al convertirse los asuntos judiciales en recaudar ingresos para el rey, descendió la participación voluntaria en los procesos judiciales, siendo innovación normanda imponer fuertes multas al individuo o a los grupos que abandonaban estas funciones.

Dedica el Autor largas páginas al Derecho normando empezando —a su juicio— la legislación autoritaria con Enrique I que añadió tres libros a los códigos del rey sajón Eduardo I (*Liber Quadripartitus*) que demuestran la importancia del feudalismo añadiéndose a las pretensiones del rey las de la Iglesia y los señores. Para aumentar las rentas de la administración de justicia los reyes normandos y sus jueces consintieron apelaciones ante el Tribunal real que no permitiendo al acusado negar la violación de la paz real fue socavando la obligación de comportarse de acuerdo con la costumbre, pues la apelación suponía que el Derecho del rey estaba por encima de la costumbre (p. 63). Los reyes normandos introdujeron el concepto de felonía: deslealtad del vasallo con su señor castigada con la muerte y decomiso de sus bienes y tierras a favor del señor. El rey tomó ventaja de la felonía que amplió considerablemente y las posesiones de cualquier condenado revertían al rey, lo que hizo aumentar la discrecionalidad tanto de reyes y tribunales como del castigo. Convirtiéndose la justicia en discrecional, se tornó arbitraria, sistema que desarrolló Enrique II incrementando las funciones y facultades de los órganos de gobierno que eran de carácter permanente, centralizados y profesionalizados.

Los nuevos tribunales comenzaron a enjuiciar casos que nada tenían que ver con las finanzas del rey salvo que generaban ingresos para éste. Hacia 1168 los recaudadores de impuestos de distrito y los justicias itinerantes se habían convertido en una gran subdivisión del Tribunal Real,

¹⁴ Para Lyon, p. 145., la mayor contribución de los normandos fue la estricta supervisión de la Administración central sobre los órganos locales de gobierno.

disminuyendo los antiguos incentivos del pueblo basados en la reciprocidad para participar en la administración de justicia. Y como el Derecho canónico como Derecho autoritario se desarrolló más rápidamente que el real, varios obispos aportaron su experiencia a aquel Tribunal (Pollock y Maitland, I, p. 154) ayudando a convertir el Derecho inglés en un sistema que finalmente rivalizaría con el canónico incorporando algunos de sus elementos al Derecho real, estableciendo mediante mandatos reales (puestos a la venta) nuevos procedimientos civiles. El desarrollo de los jurados acusadores y el crecimiento del Tribunal Real no fueron eventos independientes; el rey cobraba por administrar justicia ya fuera el acusado declarado culpable o inocente; en el primer caso sufría las penas de muerte, mutilación, destierro, confiscación de sus bienes; en el segundo era fuertemente sancionado el falso acusador. Enrique II y sus jueces tipificaron un creciente número de acciones como violaciones de la paz real, y estas ofensas fueron consideradas crímenes, diferenciándose de esta manera causas criminales y causas civiles, interesando más a los hombres libres que que sus causas fueran consideradas civiles.

Rebelándose los barones ante la asfixiante presión real hicieron firmar al rey Juan el 19 de julio de 1215 la *Carta Magna* considerada como un antecedente significativo del Estado constitucional anglo-americano (p. 67), que si ha sido vista como consagración de los derechos civiles y políticos básicos, en realidad reflejó el esfuerzo de los barones y otros grupos poderosos (la Iglesia) por recuperar el poder y privilegios que habían sido erosionados por los reyes normandos. La *Carta Magna* restableció el derecho feudal de los barones a confiscar las tierras de los felones, aparte de la declaración de que ningún hombre podía ser detenido, encarcelado, expropiado, declarado criminal, desterrado o lesionado salvo mediante juicio justo por sus pares o por la ley del país (Lyon, p. 316). Más que garantía general de juicio con jurado para todos los ingleses, este documento tenía por objeto obligar al rey Juan a garantizar a los barones el juicio ante sus pares según el procedimiento feudal vigente, estableciendo el germen de las garantías procesales en los juicios de la aristocracia feudal manteniendo un sistema legal de transferir riqueza a los poderosos: barones, la Iglesia y el grupo emergente de comerciantes. Según el Autor la *Carta Magna* miró más hacia atrás que hacia delante, pero con todo ello el poder político y económico había cambiado considerablemente; el s. XIII supuso una continua lucha compitiendo reyes y barones por el apoyo de las nuevas fuentes de riqueza, y como consecuencia de esta lucha nació el Parlamento (p. 68) desde una antecedente *Curia regis* que obligó al rey a contar con representantes de los hombres libres de los condados y burgueses de las villas, incorporaciones que se hicieron permanentes en el XIV. Tanto Enrique III como Eduardo I necesitaban su conformidad

para aprobar leyes importantes así como tributos extraordinarios. En 1254 Enrique III estaba en guerra, necesitaba fondos desesperadamente y reunió al Consejo Mayor con dos caballeros que representaban a cada condado y clero de cada diócesis; ésta fue la primera asamblea con caballeros incorporados al Consejo Mayor. En 1264 los barones derrotaron a Enrique III y su líder convocó una asamblea compuesta por ellos y cuatro caballeros elegidos por cada condado; en 1265 se convocó otra asamblea intentado directamente obtener una base de apoyo mayor por parte de las clases medias del campo y de las ciudades que compondrían el futuro Parlamento constituido por condes, barones y preladados (Cámara de los Lores), y caballeros burgueses (Cámara de los Comunes). Entre 1258 y 1300 se convocaron unos setenta parlamentos, siendo citado como modelo el de 1295 convocado por Eduardo I que reunió a representantes de todos los grupos poderosos del reino para asegurarse su consentimiento para un gran impuesto de amplia base. Con el control sobre las arcas del rey, el pueblo (los que tenían poder político) descubrió que podía poner límites al rey destacando claramente el poder negociador y de intercambio en la imposición de tributos.

En el s. XIII el rey y sus Consejos tomaban parte muy activa en las actividades legislativas, pero durante el reinado de Enrique III los legisladores más activos fueron los jueces a quienes el rey dio carta blanca para promulgar nuevas leyes y mandatos, reconociéndose la idea de un Derecho evolutivo hecho por los jueces basado en los antecedentes y en la costumbre (common law) que a veces el rey intentó frenar sin éxito. Hacia mediados del s. XIII los altos tribunales del rey estaban evolucionando hacia la estructura institucional que había de durar hasta el XIX. La *Court of King's Bench* (Tribunal del Estrado Real), la *Court of Common Pleas* (Tribunal de Pleitos Ordinarios), y la *Court of the Exchequer* (Tribunal del Erario), se hicieron tribunales identificables con jurisdicciones concretas, encargándose los justicias reales de los pleitos locales. A principios del s. XIII comenzaron a aparecer abogados; los propios reyes contaban con potentes equipos de abogados encargados de actuar en su nombre en las causas criminales desarrollándose la profesión para dar más ventaja al monarca. En 1280 procuradores y abogados se habían convertido en funcionarios de los tribunales evolucionando hasta formar un grupo profesional organizado. La common law dejó sentir su influencia de forma inmediata, los procedimientos se hicieron más complejos y aquellos funcionarios se convirtieron en los primeros jueces del rey. La desconexión con el Derecho romano permitió al common law convertirse en una maraña de principios sin definir, y a finales del reinado de Eduardo I la vieja costumbre había sido modificada o sustituida por mandatos cuya finalidad era transferir riqueza hacia los grupos más poderosos.

Otro de los argumentos básicos del Autor se centra en la evolución del Derecho mercantil en Inglaterra, iniciándose su absorción por el Derecho real en el s. XIII. En el XIV ya estaba codificada la *lex mercatoria* inglesa siguiendo la misma evolución de otros países europeos que habían comenzado a recoger de forma sistemática y a codificar los usos de comercio. Sin embargo los comerciantes seguían aplicando sus propias leyes a través de sus tribunales y se les tuvo que instar que llevaran sus pleitos ante los tribunales del rey. Una de las razones (p. 74-75) por las que el Derecho mercantil fue absorbido por la common law parece ser la disposición demostrada por los Estados para aplicar la *lex mercatoria*; cuando los comerciantes juzgaban y ejecutaban sus propias leyes eran ellos los que debían asumir el coste completo; si la autoridad real estaba dispuesta a administrar el Derecho de los comerciantes y asumir parte de los costes, los comerciantes salían beneficiados. Esta transferencia de costes al Estado se corresponde con el creciente poder y actividad política de los comerciantes, y de hecho las tendencias reguladoras en materia económica de la época estaban principalmente motivadas por las peticiones de los comerciantes para conseguir derechos monopolísticos. La Ley de Productos Básicos (*Statute of the Staple*) de 1353 decretó que los pleitos de los comerciantes extranjeros fueran resueltos por el Derecho mercantil, pero las apelaciones podían presentarse ante el Consejo del rey, creando una apariencia de respaldo real al Derecho mercantil dictando disposiciones mas atractivas de aplicación estatal del Derecho y socavando la autonomía del Derecho mercantil. El mismo *Statute of the Staple* inició un proceso de concentración de los flujos de comercio exterior haciéndolo mas controlable por el Estado, y los tribunales de common law comenzaron a atraer más pleitos mercantiles cobrando sus jueces en gran parte de las costas de los pleitos. El hecho comprobado en el s. XVI de que los comerciantes se decantaran por los tribunales reales antes que por los mercantiles privados, muestra el éxito de los primeros en la aplicación de normas mercantiles a entera satisfacción de los comerciantes. Esta competencia entre tribunales se alteró sustancialmente en 1606 cuando Lord Coke en la sentencia de un arbitraje privado declaró que el Derecho mercantil no era un cuerpo legal separado e independiente, sino una parte del ordenamiento jurídico del reino, lo que se interpretó como obligación de los comerciantes de someterse a la jurisdicción de los tribunales de common law, con lo que el Derecho mercantil fue haciéndose menos universal y mas local al reflejar las políticas, acciones e intereses del Estado. Aún así el Derecho mercantil subsistió porque los usos del comercio seguían prevaleciendo en el comercio internacional, e Inglaterra era una gran nación comerciante. Los jueces ingleses tenían que competir con tribunales de otras naciones por el conocimiento de los litigios mercantiles internacionales, y para atraer éstos se vieron obligados a reconocer los

usos de comercio que reconocían el beneficio sustancial asociado al libre comercio sin obstáculos legales innecesarios.

Para afirmar su tesis de la posibilidad de una Justicia sin Estado se fija el Autor en la evolución del Derecho penal, en mi opinión una de las partes más discutibles de su exposición, porque no me parece suficiente decir que el alto coste individual en la persecución y acusación de los delincuentes hizo que la producción de estos servicios tuviera que ser gradualmente asumida por el Estado. Creados los jueces de paz en 1326, en 1360 fueron habilitados para arrestar y encarcelar a todos aquellos que fueran sospechosos o hubieran sido denunciados. Estos jueces de paz terratenientes en principio sin compensación económica alguna tenían tres funciones básicas: recibir o presentar la querrela, dirigir el proceso con jurado, juzgar sumariamente los delitos menores. Las víctimas seguían siendo responsables de la persecución de los criminales y de la acusación, pero desde 1555 los jueces de paz se vieron obligados a asumir funciones activas de investigación en los casos de felonía, instruir los casos para el procedimiento, obligar a comparecer a todos los testigos relevantes y actuar como acusador sustituto cuando no se disponía de ningún ciudadano para esta función, por lo que quedó introducido el elemento público en la acusación. Más tarde la criminalidad aumentó extraordinariamente en los s. XVII y XVIII al regresar a Inglaterra veteranos del ejército haciendo cada vez más onerosa la participación de las víctimas en el sistema de justicia penal en cuanto corrían de su cuenta los cuantiosos gastos procesales. En 1729 el gobierno central comenzó a apoyar el mantenimiento del orden por las autoridades locales. Los intereses particulares de estas autoridades tuvieron mucho que ver a la hora de cargar el coste del orden público a los contribuyentes en cuanto que ellas fueron las primeras en beneficiarse de dichos gastos mientras que el resto de los ciudadanos estaban obligados a procurarse sus propios servicios de policía y acusación, pero generalizándose el apoyo financiero público a las autoridades privadas en materia de acusación y sanción; esto trajo importantes innovaciones.

En este contexto surgió la figura de «testigo de la Corona» como consecuencia de las crecientes atribuciones a los jueces de paz en relación con el auto de procesamiento posterior a las investigaciones preliminares; cuando el delincuente era miembro de una banda criminal se le eximía de acusaciones a cambio de que testificase contra sus compañeros, factor muy importante para el desarrollo del Derecho penal probatorio incidiendo sobre la figura del perjurio: acusar falsamente a otro para librarse de otras acusaciones, lo que supuso introducir en 1751 reglas de confirmación de la acusación como requisito de un veredicto inequívoco, rechazando los jueces sin siquiera oír la defensa los casos en que la acusación se basaba en un testimonio sin corroborar por un testigo de la

Corona, admitiéndose desde 1788 instrucciones del juez a los jurados sobre admisión de pruebas, regulando el valor de las confesiones y presagiando el futuro de la regulación anglo-americana de la prueba.

A mediados del XIV ya no era necesario tener un interés directo en el caso para ser miembro de un jurado transformándose los jurados medievales activos en juzgadores pasivos, situación no explicada para muchos autores que el Autor aclara desde el reconocimiento de la obligación de desempeñar funciones relacionadas con la aplicación del Derecho que se fundamenta originariamente en los conceptos de indemnización a la víctima y reciprocidad (p. 82). El *old Bailey* (tribunal penal de Londres) resolvía en el s. XVIII entre doce y veinte casos diarios; los jueces tenían un gran control sobre el jurado; el juez frecuentemente actuaba como investigador preguntando a acusado y testigos, e igualmente hacían los jurados. Si el juez discrepaba de la opinión del jurado cabía una segunda oportunidad al jurado de discutir el caso. El acusado tenía que hablar en su propia defensa al no existir abogados defensores que hablasen por él, lo que explica el rapidísimo ritmo de los procesos penales de la época. Otra innovación se debió al empleo por la Administración pública de abogados acusadores en «juicios de Estado» relativos a crímenes políticos como la traición y determinados casos penales particularmente importantes. Desde 1735 se conoce la intervención de abogados en nombre de las víctimas encargados de la acusación privada con una consecuencia importante: si la acusación privada utilizaba abogados los jueces comenzaron a autorizar la intervención de un abogado defensor del acusado, lo que tuvo un gran impacto en el proceso penal en cuanto el abogado defensor tenía que estar informado de la acusación para poder defender a su cliente. Por consiguiente, en lugar del confuso altercado anterior se introdujo en la práctica judicial penal del s. XVIII la presentación del caso articulada por la acusación y la defensa característica del procedimiento contradictorio. Otra consecuencia fue que la separación de los argumentos de acusación y defensa significó que la carga de la prueba pudiese ser reconocida admitiéndose mociones de la defensa para influir en el veredicto. También otra consecuencia fue el derecho a guardar silencio para evitar la autoincriminación.

La actuación contradictoria de abogados defensores trajo que se alegaran objeciones a la admisibilidad de testimonios y pruebas, dirigiéndose así la atención de los jueces a la cuestión probatoria, reiterándose el caso de sentencias negociadas desde 1856 que muchas veces contenían acusaciones modificadas para permitir castigos menos severos de los que hubiesen sido procedentes bajo los cargos originales, sobre todo (Cockburn) debido a dos motivos: a) La administración trataba de evitar la pérdida de las propiedades confiscadas que acarrearba las absoluciones, de modo que jueces de paz y magistrados preferían conseguir un veredicto

de culpabilidad por acusaciones menores; b) El sistema de sesiones con su calendario fijo y su incapacidad para garantizar la asistencia de jurados y magistrados locales que no podía absorber el número creciente de casos. De nuevo recurre el Autor a argumentos traídos de la Historia del Derecho inglés para apoyar sus tesis apelando a la larga tradición del reconocimiento de culpa que en el Derecho anglosajón era menor si el trasgresor admitía su culpa en vez de intentar ocultarla, dando lugar a sentencias negociadas favorecidas también por la mayor desconfianza ante los jueces que ante los jurados evitando el Derecho inquisitorial del rey.

No menores fueron las consecuencias en orden a las penas, en primer lugar respecto a las condenas a prisión. La cárcel se utilizaba poco en el s. X para retener a individuos acusados y en espera de juicio; los anglosajones no veían la prisión como castigo adecuado que obligaba al delincuente a estar ocioso dificultando el pago de la restitución; además era costosa para la comunidad. La prisión para los detenidos comenzó a generalizarse en tiempos de Enrique II cuando se demoraban los juicios en espera de la llegada del juez itinerante. Enrique III utilizó las prisiones para exhortar al delincuente a pagar la multa y obligar a los acusados a confesar, siendo encarcelados y cargados con piedras y cadenas hasta que aceptaban confesar o morían. Las cárceles no se financiaban con dinero público, sino que los encargados de su gestión (sheriffs o concesionarios de prisiones contra el pago de una cantidad de dinero a la Corona) obtenían sus ingresos exigiendo contribuciones a los presos y generando rentas para la justicia manteniendo los acusados en prisión. Las «casas correccionales» se establecieron por Isabel I mediante una serie de leyes para castigar a los pobres que gozando de buena salud rehusaban trabajar, leyes que si para Chablis evidencian que había pocas dudas de que tenían por objeto forzar a los trabajadores (libres o no) a aceptar empleos con salarios bajos para asegurar a los terratenientes una mano de obra a un precio asequible, para el Autor son un claro reflejo de la función transferencial del Estado. También la evolución de las prisiones está muy relacionada con el auge y decadencia de la deportación, autorizada por Isabel I desde 1597. A partir de 1670 el sistema comenzó a tener dificultades al protestar las colonias por el número de convictos que se enviaban (Beattie), aunque su transporte disminuía en tiempo de guerra, lo que a su vez y dada la exigüidad de cárceles, provocó el hacinamiento de presos en la metrópoli. El nuevo gobierno nacido de las crisis de 1713, 1714 y 1715 ansioso por ganar el apoyo de los grupos políticamente poderosos preocupados por la criminalidad, aprobó la Ley de Deportación de 1718. Inglaterra que había sufrido una revolución financiera en los años inmediatamente anteriores hizo que el nuevo gobierno estuviera dispuesto a dedicar fondos a la lucha contra el crimen, y así satisfacer las demandas de poderosos

grupos políticos incrementando el gasto en la financiación de cuestiones penales y por la menor importancia comparativa de la administración de justicia como fuente de ingresos. La independencia americana cerró las posibilidades de deportación de convictos y el Parlamento aprobó en 1776 la reclusión y trabajos forzados para los convictos susceptibles de deportación dentro de un sistema penitenciario muy deficiente con frecuentes reyertas entre presos y vigilantes. El aumento de la criminalidad hizo cambiar la política penitenciaria y en 1786 decidió al gobierno a deportar prisioneros a Batany Bay en Nueva Gales del Sur (Australia). Pero el gobierno ya había mostrado disposición a asumir altos costes para castigar a los criminales y utilizar la cárcel como castigo requiriendo mayores recursos económicos, un poder político más concentrado y activo, mayor participación del Estado en la administración de justicia (Beattie), y durante el s. XIX el sistema penitenciario inglés se transformó en un sistema público financiado con impuestos.

La confianza en la policía privada comenzó a decaer en 1737; a partir de 1750 comenzó a organizarse una fuerza de alguaciles semiprofesionales conocida como *Bow Street Runners* con un status semipúblico proviniendo sus ingresos de las recompensas por captura de los delincuentes. En 1792 siete magistrados de Londres organizaron partidas similares; en 1805 la *Bow Street* formó una patrulla a caballo para las afueras de Londres pero los ciudadanos seguían oponiéndose a una policía pública. En 1829 Robert Peel con oposición popular logró autorización del Parlamento para la financiación pública de una policía metropolitana de Londres que vestía uniformes identificables para que no pudiesen espiar a los ciudadanos tal como hacía la policía francesa. En 1839 se estableció una unidad de detectives de paisano, y a partir de entonces se fueron creando unidades de policía en otras ciudades y en los condados incrementándose gradualmente el apoyo a la policía pública dados los altos índices de criminalidad; además los grupos poderosos empezaron a observar que podían trasladar el coste de su protección a los contribuyentes, aunque su ineficiencia hacía que los ciudadanos siguieran ayudándose de la protección privada¹⁵.

También se oponían los ingleses a la acusación pública debido a que se requería un sistema de acusación privada para contener el poder de la corona y su poder de acusación penal que podía ser utilizado con propósitos de opresión política¹⁶; se fue avanzando por esta vía y a finales

¹⁵ Vid. con lit. Benson, *The Evolution of Law: Custom versus Authority*, Talahassee, Flor. 1990.

¹⁶ Cardenas; «The Crimen Victim in the prosecutorial Process», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 9 (1986) p. 390.

del XIX con oficiales del gobierno central se estableció un sistema limitado de acusación gubernamental constituyéndose la Oficina Pública de Acusaciones con cierto rol en la acusación criminal. El alto coste que la acusación suponía para las víctimas hizo que pronto los agentes de policía dirigieran la acusación ante los tribunales que incluía presentar cargos, examinar a los testigos, dirigirse a los magistrados y entrar en discusión con los abogados defensores. Pero en el sistema de common law la acusación seguía siendo materia privada bajo la ficción de que un policía es un ciudadano como otro cualquiera que cuando actúa como agente del orden iniciando un procedimiento penal no lo hace en su condición de policía sino como ciudadano interesado en un procedimiento penal, manteniéndose por tanto los vestigios del Derecho anglosajón apoyado en la acusación privada. La conclusión a la que llega Benson (p. 93) es que el sistema de common law que heredó USA se configuró en gran parte no por un deseo de organizar la sociedad según los dictados del «interés público» (el entrecomillado es de Benson), sino como consecuencia de los fines particulares de los reyes, sus burocracias y los grupos de poder. El propio Benson se adelanta a una objeción evidente: ya no hay un rey todopoderoso, hoy vivimos una democracia representativa que puede modelar el sistema legal para beneficio de todo el pueblo, a la que opone dos argumentos fundamentales: la tendencia actual es convertir toda forma de orden social en un ejercicio de autoridad del Estado, y la naturaleza del Derecho autoritario que enfrenta grupo contra grupo en el proceso de dar y recibir transferencias promueve más el desorden que el orden, porque en el sistema de Derecho estatal los individuos tienen mas incentivos para no participar en el esfuerzo cooperativo por mantener el orden. Sea un rey o una democracia representativa quien dicta la ley, el poder está centralizado y se utiliza la coacción para imponer sobre el resto de la población unas normas que benefician a unos pocos.

En la segunda parte (caps. III-VI) Benson trata de la ley autoritaria a la luz de la *public choice*, bajo los epígrafes «el Derecho y la justicia como mercado político», «el mercado político por el lado de la demanda», «el mercado político por el lado de la oferta», «la corrupción de los funcionarios del orden público», factores que en definitiva evidencian terribles fallos del Estado. Realmente éstos son los puntos que estudiadas las disfunciones actuales llevan al Autor a plantear la posibilidad de Justicia sin Estado, y que conviene analizar pormenorizadamente.

Para Benson muchas de las instituciones públicas de nuestro moderno marco legal se desarrollaron para facilitar los esfuerzos de los monarcas por centralizar y consolidar su poder, instituciones que siguen vigentes en la democracia representativa. Las disposiciones administrativas siguen reflejando las respuestas a las demandas de los grupos

de presión políticamente activos. De hecho la naturaleza política del sistema judicial y la influencia de los grupos de intereses sobre él ha sido reconocida por muchos autores¹⁷; según Eisenstein se encuentra en el mismo corazón de la política al estar íntimamente unido al uso legítimo de la coacción en la sociedad. Puesto que el sistema legal asigna los costes y los beneficios del sistema político, las partes en juego tienen fuertes incentivos para tratar de influir sobre sus elementos y resultados (p. 103), y los grupos de presión política desempeñan un papel significativo en la determinación de la política legal que emana del proceso legislativo. Según Benson todas las áreas del Derecho están sujetas a la manipulación de los grupos de intereses a través del proceso legislativo¹⁸. Después de todo la mera aprobación de las normas no proporciona ninguna guía o incentivo para su aplicación. Benson sigue en este punto al máximo teórico de este tema, George Stigler¹⁹ que define la regulación estatal como un proceso de oferta y demanda con los grupos de intereses del lado de la demanda y los representantes legislativos y sus partidos políticos en el lado de la oferta.

Este enfoque basado en los grupos de intereses puede arrojar la visión que sus demandas a la Administración se dirigen a la transferencia de riqueza, visión que puede enturbiarse si se piensa que los individuos se comprometen en las actividades de los grupos de intereses

¹⁷ Entre otros, R. McCormick y R. Tollison, *Politicians, Legislation and the Economy: an Inquiry into the Interest Group Theory of Government*, Boston, 1981; B. Benson, «Land Use Regulation: A Supply and Demand Analysis of Changing Property Rights», *Journal of Libertarian Studies*, 5 (1981) p. 435 ss.; R. Nader, *Introduction a With Justice for Some: and Indictment of the Law by young Advocates*, Boston, 1970; C. Reasons y J. Kuykendall, *Race, Crime and Justice*, Pacific Palisades, Calif., 1972, pgs. 1-2; M. Sikes, *The Administration of Injustice*, New York, 1975, p. 119; R. Quinney, *Crimen and Justice in Society*, Boston, 1969; Eisenstein, *Politics and Legal Process*, New York, 1973, pgs. 9-10; Rhodes, *The Insoluble Problems, of Crimen*, New York, 1977, pgs. 13. *Libertarian Studies*, 5 (1981) p. 435 ss.; R. Nader, «Introduction a With Justice for Some: and Indictment of the Law by young Advocates», Boston, 1970; C. Reasons y J. Kuykendall, *Race, Crimen and Justice*, Pacific Palisades, Calif., 1972, pgs. 1-2; M. SIKES, *The Administration of Injustice*, New York, 1975, p. 119; R. Quinney, *Crimen and Justice in Society*, Boston, 1969; Eisenstein, *Politics and Legal Process*, New York, 1973, pgs. 9-10; Rhodes, *The Insoluble Problems, of Crime*, New York, 1977, pgs. 13.

¹⁸ Podría decirse que en España donde la legislación se aprueba en el Congreso, se advierte claramente la lucha de los distintos partidos políticos para imponer sus intereses, y en muchas ocasiones están subyacentes transferencias de riqueza de unos grupos a otros, o la lucha de poder de determinados sectores sociales y económicos que influyen sobre los partidos para imponer una regulación que obviamente les favorece.

¹⁹ Stigler, «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5 (1974) p. 3 ss.

solamente si ganan o evitan pérdidas de dinero o riqueza material. Según Benson muchos de los que actúan en la escena política obtienen muy poca o ninguna riqueza monetaria; obtienen más bien una satisfacción considerable al influir sobre el proceso político de forma que se satisfaga mas ampliamente su concepción de lo que debe ser el «interés público», aunque si se define «riqueza» en un modo mas amplio, abarca todo lo que signifique bienestar o satisfacción con lo que no cabe ninguna posibilidad de confusión, definiendo las funciones de los grupos de intereses y las funciones del Derecho estatal como: 1) Asignación de derechos de propiedad; 2) Defensa de cada derecho de propiedad asignado. El concepto de derechos de propiedad abarca toda la legislación, incluida la penal. Los Estados gobiernan creando, haciendo cumplir derechos y modificando y cambiando esos derechos a medida que establecen transferencias de riqueza²⁰.

Siguiendo a Stigler, Benson (p. 105) explica que los grupos de interés demandan un trato favorable de sus representantes políticos, y el mercado político distribuye favores a aquellos que tienen una demanda efectiva mas alta. Un grupo de presión pequeño cuyos integrantes tengan grandes intereses en juego tiende a dominar a un grupo mayor con intereses menos definidos debido a la relación existente entre el tamaño del grupo y el coste de obtener tratamiento político favorable, lo que implica dos costes; a) De información: votar por los representantes legislativos se hace cada cuatro años y normalmente abarca una serie de asuntos de modo que los sujetos deben incurrir en costes para informarse tanto de los asuntos puntuales como de los políticos, y esta inversión no merece la pena salvo que esperen grandes ganancias o eviten grades pérdidas causadas por las demandas de otros grupos de presión; b) De organización: los sujetos en primer lugar tienen que identificar sus intereses (obtener información), organizarse para comunicar ese interés a políticos y burócratas que incluye movilizar votos y dinero, costes que tienden a aumentar mas rápidamente conforme aumente el tamaño del grupo.

La teoría de los grupos de interés de Stigler ha sido mas detallada por Posner²¹ que explica los costes de organización aplicando la teoría de los cárteles y el problema del *free rider* (usuario que no paga), teniendo en cuenta los costes principales de la cartelización: 1) Llegar a un acuerdo; 2) Hacer respetar el acuerdo. Los miembros potenciales del grupo de interés consideran una inversión el coste de organizarse para

²⁰ Benson, «Rent Seeking from a Property Rights Perspective», *Southern Economic Journal*, 51 (1984) p. 388 ss.

²¹ R. Posner, «Theories of Economic Regulations», *Bell Journal of Economics and Management*, 5 (1974) pgs. 335 ss.

obtener derechos mas beneficiosos, comparando la ganancia neta *per capita* estimada de la participación en el grupo con las ganancias obtenidas en otras inversiones a título individual. Estas organizaciones una vez definidos sus objetivos y estrategias, tienden a destruirse por los *free riders*²² que en cuanto componentes individuales tienen incentivos en no cumplir su parte íntegramente bien sea en tiempo o en dinero, lo que explica que grupos pequeños puedan obtener regulaciones beneficiosas y no las consigan grupos mayores que tienen el problema de que cualquier deserción conlleva la del resto de los miembros. Dentro de los grupos de interés algunos individuos tienen fuerzas suficientes para ejercer presión sobre los intereses del grupo intentando que éste refleje sus opiniones orientando las leyes y las políticas de imposición legal²³. Y aunque los grupos pequeños suelen organizarse mas fácilmente que los grandes, es posible que un grupo grande con asimetrías sea representado eficazmente por un pequeño núcleo de sujetos con fuertes intereses (Stigler). Pero una completa teoría de la regulación debe tener en cuenta tanto los intereses como los ideales (Wilson), aunque a menudo muchos de los que pretenden cambios egoístas en la legislación creen hacerlo en busca del «interés público», concepto normativo con frecuencia percibido (y deformado, añadido) desde los propios intereses.

La fuerza de los grupos de interés ha sido descrita por Posner en tres direcciones: 1) El trato favorable puede ser recompensado por los votos de sus integrantes; 2) Pueden hacerse pagos monetarios p. ej. contribuciones a campañas electorales (yo añadiría donación de deudas a partidos políticos y en España ha ocurrido últimamente a favor de partidos que detentan el poder de gobierno) para obtener privilegios; 3) Se conceden privilegios a los grupos capaces de amenazar con represalias violentas (huelgas, desórdenes) si no obtienen trato favorable. Los grupos de interés con suficiente respaldo económico también pueden obtener sus fines a través de la litigación.

También pueden surgir coaliciones de grupos de interés como consecuencia de más de un grupo que pueda beneficiarse de una determinada política, y Benson siguiendo a Hirshleifer²⁴ destaca otro grupo de

²² J.Q. Wilson, *The Politics of Regulation*, New York, 1980, p. 370.

²³ Esto explica la prima de poder que tiene un primer ministro o un presidente del Gobierno sobre las políticas y el programa electoral de su propio partido considerado como grupo de interés por la suprema dirección que se le atribuye y que prescinde de comportamientos democráticos en el seno del partido, a veces mas orientado a mantenerse en el poder con el voto de grupos que disienten de la política del partido, caso claro de que un grupo pequeño puede tener una cuota de poder o de influencia mucho mayor que grupos de interés mas poderosos.

²⁴ J. Hirshleifer; «Comment», *Journal of Law and Economics*, 19 (1976) pgs. 241-244.

presión importantísimo: las burocracias encargadas de hacer efectiva la acción política. Es posible que los sindicatos de funcionarios desempeñen un papel importante en la adopción de determinadas políticas; la amenaza de huelga puede paralizar el servicio público que legalmente sólo ellos pueden prestar. Las burocracias reguladoras tienen mayor ventaja sobre otros grupos de intereses en lo referente a costes de organización y presión, porque pueden apoderarse de una parte del presupuesto para sostener estos costes.

Los grupos de intereses pueden dirigir sus esfuerzos hacia distintos niveles del sistema legal, incluidos el poder legislativo, las burocracias encargadas de imponer la ley y la burocracia judicial; teóricamente puede esperarse que estas organizaciones estatales respondan de distinta manera a las demandas de los grupos de interés (p. 108). Con mayor probabilidad de acierto se puede predecir el comportamiento de los políticos como maximizadores de mayorías. Peltzman²⁵ entiende que: 1) El poder legislativo tenderá a favorecer a los grupos de intereses más poderosos políticamente; 2) Más de una organización puede ser favorecida en detrimento de otras; 3) Cuando existen diferencias entre los miembros de un grupo de intereses, los beneficios (o los costes) para ellos de una determinada asignación de derechos también serán diferentes; 4) El grupo de intereses favorecido nunca lo será hasta el extremo; una legislatura jamás actúa como agente efectivo de un solo grupo²⁶. La teoría económica de la Administración basada en los grupos de interés (Stigler, Posner) entiende que la regulación para asignar derechos según la intensidad de los grupos de intereses puede funcionar con eficacia razonable; a mi juicio con gran candidez Posner considera que para alcanzar aquellos fines sería ir en contra de los presupuestos normales de la economía elegir medios inapropiados, o que no se producirán despilfarros; Benson está de acuerdo con Posner al afirmar que esta teoría supone que las legislaturas tratan de distribuir de forma económica los favores políticos al tratar de atender los intereses de pequeños grupos poderosos en vez del interés público (p. 109) pero a la vez —y en mi opinión sin explicarlo claramente— admite que la eficiencia política que buscan los legisladores no es equivalente a la eficiencia económica. En este punto tiene muy en cuenta la experiencia política de USA al advertir los costes de transacción entre políticos que toman las decisiones y grupos de interés que pretenden beneficios,

²⁵ S. Peltzman, «Toward a more general Theory of Regulation», *Journal of Law and Economics*, 19 (1976) p. 211 ss.

²⁶ Esta última condición no me parece que sea siempre así; basta pensar en España en gobiernos con mayoría absoluta que favorecen los intereses de un grupo en detrimento de todos los demás.

que se hacen menores al delegar poderes especiales en comisiones especializadas que facilitan el proceso de intercambios políticos vital para la satisfacción de los grupos de intereses; también porque el poder de imponer (y de hacer) las normas se delega en agentes burocráticos que engendra el modelo de servicios burocráticos a cambio de presupuestos en la teoría de la Administración y los grupos de interés²⁷. El modelo predice que los burócratas generalmente tienen incentivos para sobreactuar y producir de forma ineficiente cualquiera que sea el nivel de aplicación de las normas, mientras que los legisladores intentarán forzar a los burócratas para que se atengan a la eficiencia política. Las agencias burocráticas intentarán hacer cumplir los derechos de una forma ineficiente, gastando un presupuesto por unidad mayor del que sería necesario en el caso de que puedan apropiarse para sí mismas de parte de los presupuestos aprobados, y si el legislador dedica tiempo a controlar a los burócratas es a costa de no examinar con ponderación las demandas de los grupos de presión.

Cita Benson la declaración de un ciudadano elegido para la cámara legislativa del Estado²⁸ que es muy significativa: «existen dos clases de grupos de intereses a los que un legislador debe satisfacer: aquellos a los que no debe oponerse activamente, y que pueden ser inducidos a apoyar, o al menos a ser neutrales respecto de su candidatura; y aquellos que ayudan activamente en su elección consiguiendo votos o aportando fondos para conseguir votos. El legislador normal utiliza todo su crédito personal y político y la mayor parte de su energía y tiempo al servicio del segundo grupo». De aquí deduce Benson que vigilar la actuación de los burócratas no es una prioridad para el legislador.

El modelo teórico propuesto por Niskanen de hacer efectivos los derechos de propiedad tiene otras consecuencias. Según Benson (p. 112) puesto que los sueldos y prebendas de los burócratas están relacionados con el grado de competencia y tamaño del presupuesto, pueden utilizar discrecionalmente parte de sus recursos propios o del presupuesto que gestionan para influir sobre los legisladores (los burócratas a su vez se convierten en grupos de interés); al mismo tiempo al ser fuente de información para los legisladores les importa informarles de las demandas de otros grupos de interés que presionan directamente a los burócratas para obtener beneficios; los burócratas corrientes de Niskanen se esforzarán por evitar escándalos que serán probablemente la única amenaza a su posición; los predadores (que pretenden «hacer carrera») de Wilson tenderán a ser enérgicos defensores de la regulación. Estas

²⁷ W. Niskanen, *Bureaucracy and representative Government*, Chicago, 1971; «Bureaucrats and Politicians», *Journal of Law and Economics*, 18 (1975) p. 617 ss.

²⁸ R. Neely, *Why Courts don't work*. New York, 1982, pgs. 67-80.

formas de actuación las aplica Benson al campo de la justicia, al considerar que los miembros de la fiscalía encuentran oportunidades de demostrar su talento ante un tribunal o en las negociaciones para lograr acuerdos, con lo que elevan su cotización ante futuros empleadores públicos o privados; en definitiva tienen incentivos para actuar con vigor, pero tienen también tendencia a perseguir ciertos crímenes y evitar otros. Según Wilson estos juristas discriminan a favor de: 1) Casos sencillos que pueden ser investigados y juzgados en poco tiempo para así conseguir el mayor número de condenas; 2) Casos que pueden satisfacer las demandas de algún grupo notorio. Para Benson los tribunales integrados por jueces designados por un largo período de tiempo pueden considerarse como burocracias, y los elegidos por períodos mas breves que deben presentarse a la reelección tienen los mismos incentivos que los políticos. Los grupos de intereses pueden encontrar en los tribunales una vía muy atractiva para conseguir sus fines, son mas baratos y accesibles que el poder legislativo para conseguir cambios legales, por lo que pretenden activamente nombramientos judiciales favorables no buscando juristas brillantes sino los que les den sentencias favorables. Los tribunales no sólo se ajustan al enfoque intereses especiales-burocracia del sistema legal, sino que son parte integrante del sistema. Como cualquier funcionario el sueldo de un juez no depende de la calidad de su trabajo, y por tanto sus incentivos²⁹ para administrar justicia de calidad son relativamente débiles (p. 115).

Para Benson legislación, tribunales y policía son como cualquier otro bien público. Cuando no se asignan derechos de propiedad para un bien o recurso y no se exigen precios para racionar su uso, el recurso es sobreexplotado³⁰ y asignado ineficientemente al desalentar su uso para quienes encuentran menos bienestar en tales bienes que otros

²⁹ Esta crítica genérica a los funcionarios públicos de USA me parece atroz, y no sé si injusta. Desde luego no me parece así en un país que conozco bien como el Reino Unido, donde formar parte el *civil service* es un honor y los funcionarios cumplen admirablemente y tiene prestigio desempeñar la parcela de función pública, y en España desterrada la célebre maldición de Larra «vuelva Usted mañana», y la visión pesimista del funcionario en su covachuela de Pérez Galdós, acaso propias del s. XIX, tampoco me parece que sea así; hay funcionarios admirables que cumplen abnegadamente con su trabajo. Mi experiencia personal con personal de servicios administrativos es que los funcionarios quieren desempeñar bien su trabajo a pesar de tener sueldos no equiparables con los de la empresa privada, y probablemente los que les desincentive más sea la mala y errática dirección política de su gestión, que en bastantes ocasiones se aparta de perseguir el interés público para pretender otros objetivos, situación bien descrita entre nuestros administrativistas.

³⁰ Como ocurre con la Sanidad pública en España o con las recetas de los medicamentos para los pensionistas: a coste cero demanda infinita.

que llegan mas tarde y los necesitan con mayores motivos. La legislación que responde a las demandas de los grupos tiene un alto coste asociado a la organización del grupo, pero el coste marginal de demandar nuevas leyes es muy bajo en comparación con los de organización por lo que demandarán muchas mas leyes, lo que es normal cuando el sector público presta un servicio por el que no se exige un precio que lo racione, y pone como ejemplo la sobrecriminalización de los delitos sin víctima. Ya dijo Friedman³¹ que el crimen sin víctimas sería mucho menos frecuente si quienes solicitan las leyes tuvieran que pagar el coste completo de su aplicación, de donde Benson concluye que las leyes contra el consumo de marihuana, pornografía y prostitución probablemente existen porque pueden obtenerse prácticamente gratis en tanto que su coste (incluida su aplicación) se carga a otros. Lo mismo ocurre referido a la policía. Para Blumberg³² el 80% de sus servicios se emplean en actividades de trabajo social, vigilancia, canguro, buscar niños perdidos, hacer callar vecinos ruidosos, acudir a llamadas de alarma infundadas; la consecuencia que extrae Benson es que siendo beneficiosos para los individuos que los utilizan, dado que no soportan todo el coste tienden a sobreutilizarlos, y no la llamaría si tuvieran que soportarlo íntegramente, aparte de las externalidades negativas de tales servicios que no dejan disponible la policía para otros mas útiles. El coste de oportunidad de estos recursos son los usos alternativos mas valiosos a los que podrían destinarse: responder a emergencias auténticas, disuadir del crimen, producir otros bienes y servicios (que eficientemente reduciría el aparato policial mantenido con impuestos).

Lo mismo puede predicarse de la Administración de Justicia por la saturación de los tribunales y el exceso de demanda de sus servicios; las demoras en los juzgados se deben a que están disponibles de forma gratuita. Puesto que la demanda de servicios gratuitos de los tribunales excede la oferta, tiene que existir racionamiento que se alcanza mediante listas de espera, pero los que pueden permitirse esperar mas tiempo no son necesariamente los que tienen mas necesidad de litigar. Todos tienen que pagar el mismo precio por el uso de los tribunales, precio que no guarda ninguna relación con la urgencia de las necesidades del individuo o de la importancia para el público. A menudo los servicios atractivos que ofrece un tribunal son la propia tardanza con la posibilidad para el litigante mas fuerte de desgastar o desarmar al oponente. Además si ambos litigantes tienen similar solvencia económica, se gasta en consumos litigiosos (abogados, peritos)

³¹ D. Friedman, *The Machinery of Freedom*, New York, 1973, p. 174.

³² A. Blumberg, *Criminal Justice*, New York, 1970, p. 185.

enormes cantidades de dinero que no proporcionan ninguna mejora sustancial del producto básico, y cuando una parte no puede igualar el poder financiero de su oponente, normalmente el mayor poder económico determina el resultado. De todo ello deriva Benson que el despilfarro y la ineficacia asociados al libre acceso a los tribunales produce consecuencias negativas³³ significativas para la justicia. Además el crecimiento de la litigación con la consiguiente saturación de los tribunales implica otros costes externos: tarifas legales mas altas, seguros de responsabilidad civil mas caros con tarifas mas elevadas para médicos y cualquier profesional expuesto a litigios. A mayor abundamiento los litigantes no solamente no pagan el coste total de los servicios de los tribunales sino que a veces tampoco pagan todo el coste de los recursos privados consumidos en el pleito. Un acusado que sea culpable puede prolongar el pleito forzando al demandante a incurrir en mayores gastos, se fomentan pleitos poco ortodoxos o aquellos en los que el demandante quiere forzar un acuerdo extrajudicial. Todas esas prácticas no promueven la justicia, y el racionamiento de los servicios judiciales en función del tiempo de espera crea incentivos para una mala utilización del sistema judicial. Neely³⁴ observa que hay muchos intereses en el mantenimiento de un ineficiente sistema judicial, y quien proponga castigar a los litigantes temerarios amenaza con desmontar todo el aparato de los abogados y sus clientes, por lo que la penalización de la litigación frívola pone bajo amenaza la actual distribución de la riqueza. De estas consideraciones deduce Benson que es improbable que se propongan reformas en los precios de los tribunales, añadiendo que la producción pública de ley y orden produce externalidades negativas; la policía produce servicios de forma ineficiente que no justifican sus costes, se aprueban demasiadas leyes, se presentan demasiados pleitos, por lo que el debate entre lo público y lo privado no consiste simplemente en especificar las potenciales ineficiencias privadas y optar por la provisión pública, porque a la vista de tantos fallos del Estado resulta evidente que la producción pública no

³³ También en España se produce este fenómeno con las recientes declaraciones de políticos y hasta del Fiscal General del Estado instando a los jueces a juzgar según la nueva situación derivada de actos políticos que pretenden poner por encima de las leyes, persiguiendo una nueva interpretación y adaptación de la ley a fines para los que no habían sido promulgadas. Esto desde un punto de vista teórico se llama uso alternativo del Derecho, pero desde la visión formalista tradicional del Estado de Derecho de alguna manera implica la negación de éste, la negación de la certeza del Derecho que se disuelve en una ideología en la aplicación del ordenamiento jurídico que los políticos entienden compartida por toda la comunidad, no siendo evidentemente así.

³⁴ Neely, P. 184.

sustituye eficazmente la producción del mercado (p. 120). La aplicación selectiva de la ley por parte de las burocracias (legislativas, judiciales, policiales) impide la eficiencia política, que caso de ser alcanzada no sería eficiente económicamente debido al carácter de bienes públicos de la justicia y del mantenimiento del orden a precios cero o irrisorios.

Analizado el problema del Derecho y la Justicia como mercado político, cuyos resultados —como hemos visto— arrojan una visión pesimista, el mercado político es analizado por Benson (cap. IV) por el lado de la demanda partiendo de la base de que con frecuencia la producción y la aplicación de la ley están pensados en gran parte para favorecer los intereses de determinados grupos, sobre todo en lo que respecta al Derecho penal, compartiendo la idea de muchos autores americanos³⁵ de que las definiciones de los delitos describen conductas que chocan con los intereses de los sectores de la sociedad que tienen el poder de diseñar la política pública, y puesto que los intereses no se protegen eficazmente con la mera formulación de leyes penales, son precisas la administración de justicia y la ejecución de las sentencias. Para Benson la producción del Derecho penal es hoy tan política como lo fue cuando el incumplimiento de las leyes basadas en la costumbre fue declarado delito contra el rey para que éste pudiera llenar sus arcas. De ahí la gran importancia de los grupos de interés como la variable crítica a la hora de determinar el contenido de las leyes³⁶, y las reformas de los Códigos penales indican que los determinantes de dichas reformas siguen siendo políticos (p. 126) como demostraron Berk, Brackman y Lesser³⁷ estudiando las reformas del Código penal de California que describen como un proceso previamente acordado (*agreed bill*) que implica sólo a unos pocos *lobbies* o grupos de presión, generalmente la California Peace Officers Association (compuesta por fiscales, *sheriffs* y jefes de policía), la American Civil Liberties Union, y el Colegio de Abogados (*Bar Association*) de California. En la segunda mitad del s. XX se unirían a estos *lobbies* otras asociaciones que dejaban sentir su peso en áreas muy determinadas de la legislación penal consiguiendo el incremento de delitos tipificados, penas más severas, más recursos para la policía, y efectos negativos sobre los derechos de los acusados y la independencia judicial. En el *agreed bill* los integrantes del lobby y unos pocos miembros de los comités legislativos negociaban directamente las decisiones importantes de modo que la parte relevante del proceso legislativo tiene lugar a puerta cerrada y la mayoría

³⁵ Citados por Benson, p. 145 nt. 1.

³⁶ W. Chambliss y R. Seidman, *Law, Order, and Power*, Reading, Mass., 1971, p. 67.

³⁷ R. Berk, H. Brackman y S. Lesser, *A Mesasure of Justice: an empirical Study of Changes in the California Penal Code*, New York, 1977.

del debate parlamentario es simple retórica para consumo general. Cita Benson el impresionante testimonio de Richard Neely³⁸ antiguo congresista de West Virginia, que señaló que a causa de la abrumadora demanda sobre el tiempo y los recursos de los diputados lo más que podemos esperar de ellos es que expresen su toma de posición ante los programas que se les presenten; gentes a sueldo de *lobbies* de todo género allanan las dificultades y aquilatan los proyectos de ley mucho antes de que los diputados tengan que pronunciarse sobre ellos. La elaboración de paquetes legislativos minuciosos y políticamente aceptables requiere el esfuerzo de decenas de hombres, años de trabajo y no hay diputado o grupo de diputados que disponga de tales recursos.

El estudio de Berk, Brackman y Lesser descubrió que la opinión pública no desempeñaba ningún papel en las revisiones del Código penal, y los legisladores ni buscaban ni fomentaban el apoyo popular para estas revisiones limitándose a responder a las presiones de los grupos de intereses teniendo un papel destacado los burócratas del orden público como grupos de intereses políticos. No resulta sorprendente averiguar que la policía ejerce una profunda influencia en la determinación del contenido que realmente se aplica de una ley. Estas burocracias tienen tanto la oportunidad como el incentivo para tomar incontables decisiones que influyen directamente sobre lo que cada cual recibe del proceso legal. Según Benson (p. 130) las fuerzas del orden están en una posición privilegiada para crear desorden social mediante huelgas, manifestaciones, protestas; además sus jefes con acceso directo a legisladores y jueces juegan con ventaja para introducir sus puntos de vista emitiendo informes oficiales, convocando ruedas de prensa que controlan la información al público sobre la eficacia de las leyes y la necesidad de reformas.

Los jueces también ejercen influencia directa sobre el poder legislativo. Los funcionarios del orden público usan su posición e influencia para hacer que se aprueben leyes cuyo cumplimiento les corresponderá salvaguardar y también para lo concerniente a sus condiciones salariales, pero sus metas pueden ir más lejos de estos meros intereses personales; cabe la posibilidad de que los jueces presionen para aprobar reformas generales que ellos entienden «de interés general» suponiendo que incrementarán la eficacia del proceso judicial; también la policía puede emplear presión política para apoyar su particular concepción del «interés general». Todas esas disposiciones —dice Benson— ejercen su influencia en el tamaño, poder, nivel de actividad y prestigio de la burocracia, por lo que el interés personal probablemente acaba influyendo en esas alusiones al «interés público» que hacen los burócratas.

³⁸ Neely, p. 80.

A veces los funcionarios del orden público incumplen la ley empleando fondos públicos, o mano de obra y recursos pagados con fondos públicos para apoyar sus actividades políticas, abusos en los que ha incurrido la Legal Services Corporation (LSC, Sociedad para la Asistencia Jurídica), empresa «independiente» fundada por el Congreso y financiada con fondos provenientes de impuestos federales para facilitar asistencia jurídica en condiciones de igualdad a los incapaces de costearse, prohibiendo absolutamente la aplicación de aquellos fondos para cualquier tipo de actividad política, prohibición repetidamente violada por empleados y directivos de la LSC que en vez de facilitar a los pobres el acceso a la justicia utilizan fondos públicos para financiar reformas económicas y sociales a los que muchos contribuyentes se opondrían³⁹. El uso de estos fondos para actividades políticas fue declarado ilegal por el General Accounting Office (equivalente a nuestro Tribunal de Cuentas), ante lo que la LSC comenzó a montar empresas paralelas para blanquear fondos de tal forma que las restricciones sobre su utilización en actividades políticas pudieran ser obviadas. Los grupos de intereses no se limitan a influir en la producción legislativa sino también en su aplicación, porque los beneficios obtenidos por medio de acciones legislativas se pierden rápidamente si el grupo beneficiario no es capaz de mantener su posición de fuerza. Todavía es más difícil para los grupos opositores cambiar las asignaciones de derechos realizadas por los tribunales incluso si ganan en poder político; por eso los grupos que no confían en obtener o mantener el apoyo legislativo necesario intentan conseguir sus objetivos por medio de los tribunales, aunque en el contexto de una forma de gobierno basada en los grupos de intereses ni siquiera las sentencias de los tribunales son permanentes.

Una de las fuentes de influencia más obvias para los grupos de interés está en el reclutamiento de jueces. Burócratas, colegios de abogados y otros grupos de interés organizados tratan de influir a todos los niveles en el nombramiento de jueces⁴⁰, acciones interrelacionadas en cuanto de hecho la judicatura es una recompensa política otorgada a quienes han demostrado adhesión a los fines de grupos poderosos; a su vez

³⁹ J.T. Bennett y T.J. di Lorenzo, *Poverty, Politics, and Jurisprudence Illegalities at the Legal Services Corporation*, Cato Policy Analysis, 49 (1985) p. 1 ss.

⁴⁰ Eisenstein, pgs. 66-67. Se diría que en España esto no puede ocurrir en cuanto el acceso a la judicatura es por rigurosa oposición, pero la apertura del cuarto turno, y los recientes esfuerzos de las CCAA para aumentar su influencia en la esfera de nombramientos judiciales a todos los niveles, pero especialmente en los altos tribunales, incluido el constitucional, ponen la situación española en el mismo nivel de fricciones entre los grupos de intereses (partidos políticos, distintas asociaciones de jueces y fiscales) para lograr influencia en este campo.

los jueces que aspiran a la reelección o a mas altos cargos saben que necesitarán el apoyo de estos grupos, por lo que tienden a apoyar los intereses de sus patrocinadores políticos⁴¹. Blumberg⁴² ha llegado a decir que «la sentencia menos problemática para el juez es la que tiene tintes políticos». La actividad de los grupos de intereses en los tribunales puede tener múltiples objetivos, desde emplear los jueces como fuente de legislación para crear nuevos derechos de propiedad o modificar la estructura de esos derechos, hasta alterar la naturaleza o la severidad en la aplicación de la ley. En este sentido la polémica en USA sobre la aplicación de las leyes medioambientales supone para las industrias que las incumplen una batalla legal para la supervivencia, pero en realidad se trata de una batalla política por ver quien carga con los costes del proceso. ¿Hasta qué punto deben las industrias hacer sus procesos productivos menos contaminantes? ¿Quién paga el coste del control de la contaminación? Obviamente (p. 137) en la medida en que no se exhiba demasiado celo en la ejecución de las leyes medioambientales, las industrias contaminantes y sus empleados se beneficiarán, porque las plantas existentes pueden seguir en funcionamiento. Los grupos de interés en sus intentos de frustrar la ejecución de una ley pueden plantear pleitos de procedimiento y así retrasar o limitar la aplicación de las leyes que les perjudican, o intentar limitar la fuerza ejecutoria de la autoridad restringiendo los recursos disponibles para ésta. Como dijo el juez Neely⁴³ «es mas fácil dejar sin gasolina el coche patrulla que torpedear la aprobación de una ley». Pero los intentos de influir en la ejecución de la ley van mas allá de los tribunales; Wilson, Eisenstein, Sikes⁴⁴ y otros estudiosos han demostrado que la ejecución de la ley por parte de la policía depende de los valores vigentes en la «cultura política» local. De todos estos datos Benson concluye con Tullock⁴⁵ que hay dos problemas derivados de la definición y defensa de los derechos de propiedad como competencia del Estado; 1º) Que el Estado se convierte en instrumento para alterar los derechos de propiedad de los ciudadanos, lo que significa que el Estado puede usarse para beneficiar a quienes posean influencia suficiente para provocar estos cambios; 2º) Que la producción legislativa y del orden por parte del Estado genera costes externos.

⁴¹ El ejemplo mas clamoroso de esta situación en España lo vemos constantemente en las actuaciones del Consejo General del Poder Judicial con claros bloques enfrentados por su vinculación con grupos (políticos) de interés.

⁴² Blumberg p. 127.

⁴³ Neely, p. 29.

⁴⁴ Sikes, p. 119 llama a la policía «peón del poder político».

⁴⁵ G. Tullock, *Private Wants, Public Means: an Economic Analysis of the Desirable Scope of Government*, Ney York, 1970, p. 146.

Destaca Benson (pgs. 137-145) «las ineficiencias de la justicia autoritaria». Puesto que los costes que supone formar un grupo de interés pueden ser altos, harán falta fuertes incentivos (altos beneficios *per capita*) para poderlos asumir. Los beneficios que obtiene un grupo concreto de la aprobación de la ley que dio origen a su existencia son probablemente muy elevados; sin embargo, el coste adicional de nuevas demandas legislativas puede ser muy pequeño, incluso cero; además no es necesario que las nuevas leyes generen los suficientes beneficios como para cubrir los costes que ocasione su ejecución, puesto que quienes solicitan su aprobación no tienen que pagar por la vigilancia de su cumplimiento, lo que lleva a notorias ineficiencias. Dado que el coste adicional de nuevas leyes es muy pequeño, surge un problema de bienes públicos que se manifiesta en la asignación de los recursos dedicados a vigilancia y control en el cumplimiento de la ley en el sentido que leyes que producen poco valor añadido compiten en plano de igualdad con otras más productivas por la atención de las fuerzas del orden. La policía puede encontrarse con que está atendiendo llamadas que denuncian a prostitutas, apuestas clandestinas o fumadores de marihuana mientras que está ocurriendo un asesinato, un atraco, una violación, un robo, y como no existe un sistema de precios para asignar el espacio en las prisiones, es posible que criminales potencialmente violentos sean liberados antes de tiempo para poder acomodar a fumadores de marihuana o a otros infractores que no hayan provocado daños a terceros⁴⁶ dada la creciente utilización del Derecho penal para desempeñar funciones que se apartan de la tradicional protección de las personas y sus propiedades⁴⁷ dada la tendencia a criminalizar más y más actividades. Estas funciones suelen estar asociadas a los llamados delitos sin víctimas o a la provisión de servicios comunitarios, aunque consumen gran parte de los recursos del sistema penal dejando poco espacio para perseguir los delitos contra la persona y la propiedad⁴⁸.

⁴⁶ En mi opinión es incorrecta esta argumentación de Benson; evidentemente no hay víctimas ajenas violentas en los casos que cita; la primera víctima es quien está vulnerando la ley consumiendo productos psicotrópicos. En España el autoconsumo no está castigado, pero su distribución y venta atenta contra la salud pública que es el bien protegido penalmente, y así está configurada su tipificación en nuestro Código penal.

⁴⁷ G. Cole, *Politics and the Administration of Justice*, Beverly Hills, 1973, pgs. 23-24.

⁴⁸ También me parece criticable la obsesión de Benson por entender sobre todo la propiedad como el principal por no decir exclusivo objetivo de la atención pública en leyes y procedimientos; hay otros intereses en igual o similar medida sentidos por la ciudadanía que se considere que merecen la protección de las leyes; por poner un ejemplo citaré las leyes sobre la protección de la dignidad humana, la penalización del empleo de menores en relaciones laborales, la protección de la naturaleza.

La despenalización de los delitos sin víctima y la consiguiente reducción de la presión sobre la policía, tribunales e instituciones penitenciarias tendría un impacto colosal sobre la Administración penal; de hecho una razón del fracaso policial en la detención de criminales así como de los retrasos en los tribunales de lo penal y de la masificación de las cárceles, es que se estima que entre el 30 y el 50 % de los recursos de la Administración penal se emplea contra individuos que no han causado daño a personas ni propiedades. ¿Porqué no se reforman estas materias? Indudablemente porque hay grupos de interés que se benefician de las ineficiencias del sistema judicial y lógicamente se resisten a cualquier cambio. Ha señalado el juez Neely que todo intento de mejora del sistema judicial tiene aspectos negativos desde el punto de vista de ciertos grupos de intereses políticos; aunque la clase política está contra el asesinato, atracos, tráfico de drogas, demuestra menos entusiasmo en perseguir la estafa al consumidor, la competencia desleal o la corrupción política, porque con frecuencia está implicada en esas mismas actividades, y los esfuerzos dirigidos a incrementar el personal dedicado a perseguir delitos violentos quedan desvanecidos por el temor de que el nuevo personal detenga a algunos políticos envueltos en sobornos, fraudes electorales o estafas; el incremento de recursos antidelictivos podía ser una amenaza para aquellos delitos que pasan inadvertidos.

Desde el punto de vista económico la solución para un problema de bienes públicos es asignarlos en función de la disposición que se tenga a pagar por ellos, lo que implica su asignación mediante precio (p. 140). Esto reduciría el número de pleitos al hacer menos atractivo el uso frívolo de la justicia, pero algunos grupos de intereses se resistirían tenazmente a tales cambios. El juez Neely pone el ejemplo de los abogados, que no aceptarían de buena gana ninguna norma que desincentive la litigación, pues de ello viven⁴⁹. Existen además otros grupos de intereses que se benefician sustancialmente de la situación porque les sirve el método de racionamiento (demoras) del sistema judicial que les produce sustanciosos beneficios económicos o en otro caso ahorros de costes. Un caso evidente se da a propósito de pleitos de seguros, en los que para evitar los costes de un juicio el asegurado se ve obligado a conformarse con menos de lo que legalmente se le debe. En otros casos el retraso prolongado reduce el valor de lo que se espera obtener del pleito, al tiempo que se beneficia a algunos grupos. Cuanto mas pueda un perdedor diferir una sentencia en casos civiles, más tiempo podrá usar del dinero que después tendrá que pagar, y como las sentencias no incluyen el coste íntegro del pleito muchos litigantes que saben van a perder tienen un incentivo para

⁴⁹ Neely, p. 61.

ir a juicio. Benson pone como ejemplo que más de la quinta parte de los pleitos civiles celebrados en Nueva York en el ejercicio 1979-80 fueron contra el Ayuntamiento; para Neely el Ayuntamiento no puede permitirse un sistema judicial eficiente porque irremisiblemente iría a la bancarrota si se celebraran en un plazo de uno o dos años todos los juicios pendientes. Los retrasos también benefician a los delincuentes porque así los fiscales tienen un incentivo para negociar la condena con ellos a cambio de su autoinculpación, y cuanto más se demore la condena mejor es la posición negociadora del delincuente. En realidad, dice Neely, hay muchos intereses específicos que persiguen el mal funcionamiento de los tribunales, cuando no su total colapso, de lo que deduce Benson (p. 142) que cualquier cambio en el sistema haría que las transferencias de patrimonio entre un grupo y otros fueran más (o quizá menos) eficientes, y por tanto, los intereses de alguien serían lesionados. El sistema judicial público seguirá siendo ineficaz porque continuará siendo el campo de batalla político para la asignación de la propiedad y de la riqueza.

Con frecuencia las presiones políticas de signo contrario dan lugar a leyes o procedimientos de ejecución de esas leyes que no sirven para el fin que se proponen. El ejemplo más notorio de procedimientos ineficaces es el que se deriva de las reglas probatorias. Las sentencias del Tribunal Supremo de USA sobre la aceptabilidad de las pruebas⁵⁰ reflejan su preocupación por proteger los derechos civiles y las libertades individuales de los abusos de las fuerzas del orden. Pero el único instrumento del que disponían los tribunales era su poder para excluir pruebas. Los ciudadanos, la policía, los fiscales, todos reniegan de las complicadas reglas de procedimiento y de la frecuente liberación de delincuentes claramente culpables. David Jones⁵¹ ha señalado que jueces y fiscales de primera instancia se quejan habitualmente de que la ampliación de las reglas probatorias ha puesto grilletes a su capacidad para hacer justicia. Una consecuencia significativa de las reglas probatorias es que no se ha alcanzado eficazmente el objetivo de defender las libertades civiles, particularmente en lo que concierne a los derechos de los inocentes; las reglas probatorias protegen a los criminales, no a las víctimas inocentes (p. 143). También las reglas probatorias son responsables de un método nada barato de proteger los derechos de los culpables, aparte de exigir considerables gastos en formación de la policía para que llegara a entender las complicadas normas procesales que rigen la admisión de pruebas. Al sistema judicial, dado su cometido, no le queda otra alternativa

⁵⁰ También en España en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional.

⁵¹ Jones, *Crimen without Punishment*, Lexington, Mass., 1979, p. 83.

que establecer reglas probatorias. Estas normas están bajo el control de los tribunales, pero no lo están los medios mas eficientes para cumplir con su misión. No es que los tribunales exijan la puesta en libertad de los delincuentes cuyos derechos no han sido respetados; simplemente disponen que hasta que no se encuentre otra forma de proteger los derechos civiles la puesta en libertad es la única garantía de que se respeten⁵². Para Neely las reglas probatorias son una débil barrera contra el abuso e intimidación policial, y no se prevén sanciones contra los agentes que obtienen pruebas de forma ilícita. Si se les aplicaran sanciones directas los abusos policiales se reducirían significativamente y habría mas incentivos para un comportamiento correcto de los departamentos de policía y los gobiernos si fueran responsables por los daños causados por la policía cada vez que viola los derechos de un ciudadano. Neely sostiene que las indemnizaciones por daños que no pasen de 500 \$ más los honorarios del abogado y daños en bienes afectarían suficientemente a los presupuestos públicos para que los responsables detuvieran los abusos policiales. La presión sobre el presupuesto (Benson) sería suficiente para que los agentes de policía enmendaran su conducta, y una vía mas directa sería hacer responsables a los propios policías de los daños que provoquen, lo que llevaría a invalidar las reglas probatorias. Pero ninguna cámara legislativa entraría a considerar seriamente una ley para ello; el poder político de los sindicatos policiales se movilizaría tan rápidamente que todo diputado que apoyase el proyecto se vería en serios problemas, los gobiernos se opondrían tenazmente porque los costes serían muy altos, y porque las reglas probatorias no cuestan dinero: liberar criminales culpables no consume dinero público. Pero es que además las reglas probatorias tienen ventajas políticas: el descontento de los ciudadanos contra el Estado por su incapacidad para condenar y encarcelar delincuentes se dirige en gran parte hacia los tribunales y su normativa de admisión de pruebas; la ira popular se dirige contra los que dictan sentencias indulgentes y contra los jueces de vigilancia penitenciaria que dejan en libertad a los delincuentes para que sigan cometiendo crímenes, contra los fiscales que permiten negociando con el delincuente que delitos graves sean castigados con penas menores, y contra las leyes que permiten a un culpable salir libre a causa de alguna artimaña (procesal) o por errores policiales⁵³ que los legisladores optaron por no derogarlas porque son una solución políticamente atractiva; de esta forma los legisladores evitan a la policía y a los políticos el impacto negativo que sobre ellos tendrían otros procedimientos mas eficaces.

⁵² Neely, p. 142.

⁵³ Parade, *Victims Have Rights*, Parade 17 (1985) p. 15.

Analizado el mercado político por el lado de la demanda, en el cap. V (pgs. 149-185) Benson lo analiza desde el lado de la demanda. Parte de dos postulados: 1º) Los responsables de la policía y los jueces tratan de ampliar el tamaño y poder de sus departamentos; 2º) Los burócratas de la justicia penal actúan como grupos de intereses. Todo esto teniendo en cuenta que los burócratas tienen poderosos incentivos para aumentar el tamaño (nivel de imposición de los derechos) de la burocracia, ideas que permiten a Benson poner en solfa la eficacia de los recursos asignados a la provisión pública de ley y orden. Se fija en que durante la década de los 60 el personal público encargado del mantenimiento del orden aumentó un 27% *per capita* mientras que el gasto público *per capita* destinado a tal fin creció un 70%. Entre 1960 y 1969 las personas empleadas en el mantenimiento del orden creció en un 42% mientras que la población sólo aumentó un 12%, tendencias perpetuadas en años posteriores. Durante la década de los 70 el empleo en el sector de la justicia penal creció cinco veces por encima del porcentaje de variación total de la población duplicándose los gastos de la justicia penal (y triplicándose en términos nominales).

Ante esto se pregunta Benson ¿ha aliviado este crecimiento presupuestario los problemas inherentes al sistema público penal? La respuesta viene dada desde sus planteamientos anteriores: los recursos de la justicia penal pública son frecuentemente utilizados ineficazmente debido al problema del despilfarro cuando los recursos no son de propiedad privada; esto conduce al abuso por parte de los demandantes que no tienen incentivos para economizarlos ni para que los oferentes se aseguren que son asignados al uso mas valioso posible. De haber precios suministrarían a los proveedores de bienes y servicios señales claras de lo que quieren los consumidores, y los precios relativos son una importante fuente de información que utilizan los mercados para representar el valor relativo de los usos alternativos de los recursos. Pero como los legisladores no disponen de una fuente de información clara como los precios, a la hora de asignar recursos públicos se ven forzados a considerar otras formas menos fiables de medir el rendimiento, normalmente representaciones estadísticas de la calidad del trabajo que acomete cada organismo puesto que los precios de mercado no asignan un valor directo a dicho trabajo (p. 153). La calidad de la policía puede medirse por el número de arrestos, pero ¿qué incentivos tiene el basarse en medidas estadísticas de eficacia? Si se contrata a una empresa privada ésta tendrá incentivos para impedir el crimen a través de vigilancia y prevención, pero la policía pública tiene que producir estadísticas de arrestos y no tiene grandes incentivos para vigilar o patrullar. Para aclarar estos conceptos económicos Benson compara los jueces con los vendedores; si éstos tienen que competir en los mercados por el gasto

de los consumidores a los que deben atraer, los jueces ofrecen un servicio dentro de un marco institucional que exige a los consumidores potenciales competir por su atención.

A todo esto hay que añadir la discrecionalidad burocrática, tanto en la asignación de recursos como en la aplicación de las leyes (más de 30.000 leyes federales, estatales y locales sobre orden público). La policía puede elegir qué leyes aplicar y cuáles no aplicar en absoluto, discrecionalidad que sirve para satisfacer las demandas de grupos de intereses poderosos, pero la policía no sólo puede elegir qué leyes va a cumplir sino a quienes va a obligar a cumplirlas. El juez Neely destaca que en este campo las oportunidades de protección de una persona se corresponden con su posición en la «geografía del poder político», y remacha Benson: la policía presta más atención al robo a una figura política destacada que al asesinato de un miembro de una minoría racial en paro y sin educación. La discrecionalidad alcanza también a jueces y fiscales; éstos deciden que casos llevan a juicio y cuáles negocian, y los jueces qué casos admiten a trámite y cuáles no. No tiene ningún juego en este campo el control popular para limitar la discrecionalidad, y el individuo particular se da cuenta que poco tiene que obtener de su censura porque asume todo el coste de su esfuerzo mientras el beneficio lo comparte con muchos otros.

Tampoco tienen incentivos las burocracias judiciales en ofrecer un mejor servicio. Si los empresarios privados se dirigen al lucro y tienen que competir duramente para generar mayores ingresos, los productores del sector público, normalmente, no pueden reclamar las ganancias que generen, porque si el presupuesto del departamento excede los costes de funcionamiento el exceso simplemente es reintegrado al Tesoro; por tanto los incentivos de los jefes de departamento para vigilar la producción y evitar costes excesivos son considerablemente más débiles que en la empresa privada (p. 156). Por supuesto que pueden conseguir satisfacción personal por el poder que poseen y el prestigio de su posición; departamentos más grandes suponen mayor poder y prestigio, y el tamaño relativo del departamento se mide según su presupuesto, pero quien pretenda maximizar la asignación presupuestaria le interesa no minimizar los costes, con lo que produce de forma ineficiente para reclamar mayor presupuesto. Benson se muestra implacable con la burocracia policial, y mutando palabras de L. Sherman⁵⁴, directivo de la Police Foundation, señala que en vez de vigilar para evitar un delito la patrulla motorizada está a la espera para responder al

⁵⁴ Sherman, *Patrol Strategies for Police*, en *Crimen and Public Policy*, San Francisco, 1983, p. 149.

delito, clamando siempre por obtener mas presupuesto y capturar mas criminales. El coste adicional de tales recursos estaría justificado con una mejora en la actuación de al menos el mismo valor, pero esto no ocurre siempre, o casi nunca. Las dotaciones policiales se asignan de forma ineficaz, y pocas policías vigilan con agresividad cuando no hay llamadas que responder. La observación al respecto de Sherman es aterradora: «conforme ha disminuido el nivel de vigilancia preventiva del crimen, ha subido el índice de delincuencia y la insatisfacción de la gente respecto a la policía». Desde el punto de vista económico se ha comprobado en San Diego que el coste anual de patrullas con dos agentes era un 83% mas alto que con un solo agente, y aunque las unidades con un solo miembro llamaban más veces pidiendo ayuda, ni de lejos llegaban a colmar la diferencia de costes con patrullas de dos agentes. Tampoco utilizan vehículos adecuados; muchas ciudades siguen utilizando grandes automóviles cuando está calculado que empleando utilitarios podría haber un ahorro del 33% en los gastos de funcionamiento, pero los policías sostienen sencillamente que estos vehículos no son adecuados para su trabajo. Claro que como señalaba Blumberg⁵⁵ existe un fetichismo burocrático por resolver aquellos casos que puedan ser mas fácilmente defendidos en juicio que a menudo se convierte en la principal consideración a la hora de emplear los recursos y el personal limitados para detener a drogadictos, alcohólicos, protistutas, homosexuales y otros delincuentes de poca monta, sencillamente porque están a mano y producen los datos estadísticos deseados que acreditan «producción». Estos datos refuerzan la afirmación que los indicadores estadísticos de funcionamiento son una moneda de cambio importante en los esfuerzos burocráticos por obtener más recursos (p. 158), indicadores que aumentan cuando los que cometen crímenes sin víctima son arrestados en vez de aquellos que participan en crímenes violentos, con lo que el exceso de criminalización derivado de las presiones de los grupos de intereses se ve incrementada por los incentivos de la policía a la hora de aplicar las leyes.

El número de arrestos puede ser el indicador estadístico principal de la actuación policial. Pero no es la única estadística utilizada a la hora de solicitar mayores presupuestos para la policía. Al respecto la advertencia de Milacovich y Weiss⁵⁶ también es terrible: a la policía le interesa mantener relativamente altos los índices de criminalidad porque si caen mucho disminuye el apoyo a los incrementos presupuestarios,

⁵⁵ Blumberg, pgs. 184-185.

⁵⁶ M. Milacovich y K. Weis, *Politics and Measures of Success in the War on Crime, Crimen and Delinquency*, 21 (1975) p. 10.

de lo que deduce Benson (p. 159) que la financiación adicional no tiene por qué implicar un descenso significativo en los niveles de delincuencia registrados, por lo que a la policía interesa para mantener altos los niveles de criminalidad y aumentar las detenciones, que se tipifiquen cada vez más delitos. Todo esto es consecuencia del racionamiento sin precio y el exceso de demanda como justificaciones para aumentar las dimensiones de la policía. Normalmente la respuesta policial se asigna según el orden de llamadas, de modo que algunas llamadas no se atienden hasta que es demasiado tarde. Los servicios de investigación también tienen que ser racionados, y los poderes discrecionales resultantes han llevado a que algunos delitos (p. ej. los robos con allanamiento y otros delitos contra la propiedad) reciban más bien poca atención que se dirige a delitos fáciles de resolver como la prostitución o el consumo de drogas. Está claro que aumentar el tamaño de la burocracia policial no parece resolver los problemas de la policía pública que se derivan del racionamiento sin precios, porque un problema de bien público rara vez se soluciona con recursos adicionales (p. 160).

También es implacable Benson con la discrecionalidad de los fiscales y las transacciones judiciales compartiendo con D. Jones⁵⁷ en su estudio sobre las sentencias consensuadas, que los incentivos de los fiscales están vinculados a maximizar el número de criminales convictos, comportamiento predecible según la definición de J.Q. Wilson⁵⁸ de los fiscales como «profesionales de la burocracia» cuyo objetivo predominante es demostrar su talento en materia legal para así aumentar su futuro valor de mercado; por tanto actúan con vigor pero selectivamente dice Benson (p. 160), discriminando a favor de los casos simples que puedan ser investigados y juzgados en poco tiempo para poder maximizar el número de sentencias condenatorias. También muchas veces la policía arresta a culpables de crímenes sin víctima que lo fiscales no acusarán despilfarrando los recursos policiales. Muchos fiscales archivan el caso o negocian la sentencia obteniendo un mayor número de sentencias condenatorias a un bajo coste en tiempo y esfuerzos, y porque el índice de sentencias condenatorias es la principal preocupación de los fiscales es más importante «no perder que ganar». Además con la generalización de la negociación de las sentencias el proceso se ha vuelto más sencillo, ya que «las causas son procesadas de una forma rutinaria y burocrática»⁵⁹. Una transacción judicial es un intercambio, y podría esperarse que mejorase la eficacia del sistema penal de justi-

⁵⁷ Jones, *Crime without Punishment*, Lexington, Mass. 1979, p. 201.

⁵⁸ Wilson, p. 374.

cia. De hecho las transacciones judiciales parecen aliviar la presión sobre los sistemas procesal y judicial derivada de la asignación sin precios y la correlativa demora de los tribunales debido a su saturación; ésta es la justificación típica para el recurso a la negociación (p. 161). El delincuente que accede a negociar su sentencia obtiene una ganancia puesto que su castigo (o quizá los costes legales) ha de ser menor que en caso de ir a juicio; los fiscales ganan también porque mejoran sus estadísticas con menor esfuerzo, y también se benefician los jueces al aliviar la presión sobre los tribunales.

Pero en estos intercambios no hay ganancia para las víctimas de los crímenes. Para Benson el único beneficio potencial que recae sobre la víctima en el actual sistema puede ser su satisfacción derivada de la venganza⁶⁰ al saber que el trasgresor es castigado por su crimen o que se le impedirá cometer otro crimen durante un período significativo de tiempo, pero las transacciones judiciales conducen a penas mas cortas con lo que la víctima se siente a menudo violada por el sistema judicial⁶¹, así como por el delincuente, debido al perdón de parte de los delitos que supone la sentencia negociada. Por ello estima Benson (p. 162) que estos intercambios mejoran la posición de burócratas y delincuentes, pero no está claro que promuevan la justicia⁶². ¿Cuánto ceden los fiscales en las transacciones judiciales? Probablemente depende de la jurisdicción, pero un estudio en Nueva York descubrió que la mayor parte de los detenidos por delitos graves no son procesados y sentenciados como criminales. Es significativo que la mayor parte de las sentencias que no incluían un tiempo en prisión se debieron a la

⁵⁹ Eisenstein, p. 112.

⁶⁰ No me parece que sea éste el fin principal de la pena; así fue en el primitivo Derecho romano, pero pronto aparecieron otros fines como la intimidación, la prevención, la ejemplaridad, la retribución, fines a los que se unieron en el s. XX la defensa social y la reeducación del convicto.

⁶¹ Esto puede ocurrir, y ocurre también en España, pero se debe más bien a ineficiencias procesales y a la angustia de la víctima que no ve debidamente restaurado su derecho con las penas ínfimas infligidas o con la absolución del delincuente por fallos policiales o judiciales.

⁶² No veo claro si Benson con su apunte a la promoción de la justicia está aludiendo a un carácter axiológico de la justicia o a su concepción como mero aparato estatal dirigido al mantenimiento del orden, pero en caso de apuntar a su carácter ético envolvería una grave contradicción con su visión economicista del problema; no todo se resuelve en transferencias de riqueza actuadas por la justicia estatal, el *suum cuique tribuere*, uno de los *tria iuris praecepta* de Ulpiano D. 1,1,10,1 es uno de los valores prácticos esenciales del Derecho (o si se quiere principios axiológicos esenciales), por lo que centrar exclusivamente en la venganza la satisfacción de la víctima resulta demasiado simplificador.

disposición del fiscal de permitir a los acusados de delito mayor declararse culpables de cargos menores⁶³. Para Benson no está claro que sean significativas las ganancias en eficacia en cuanto a la reducción del problema de bien público aportadas por las transacciones judiciales. Jones⁶⁴ descubrió que los niveles de transacciones no estaban en función de la cantidad de casos pendientes, sosteniendo que jueces y fiscales habían establecido aparentemente una cuota artificial sobre la proporción de casos pendientes por delitos mayores que podían llevarse a juicio durante un determinado período de tiempo, cuota generalmente menor de un 10%. Las transacciones judiciales son justificadas sobre la base de que las exigen los crecientes índices de criminalidad, pero los datos históricos deponen en contra porque a pesar del aumento de la criminalidad los niveles de transacciones judiciales se mantienen constantes, por lo que Benson (p. 163) siguiendo a H.H.A. Cooper⁶⁵ sostiene que las transacciones judiciales son una manifestación significativa de un sistema que no funciona correctamente.

Para Benson puede ser verdad como sostienen jueces y fiscales que las transacciones judiciales están en función de los casos pendientes en un tribunal, pero sólo que no en el sentido que ellos sostienen. Puesto que los que presentan los casos no pagan el precio que cubre el coste marginal de enjuiciar dichos casos, aparece el problema de bien público y se origina la congestión. El precio es un mecanismo asignativo y cuando no se utiliza le sustituyen otros mecanismos discriminatorios como las transacciones. Es el problema de la congestión resultante del racionamiento sin la utilización del precio el que concede a jueces y fiscales el poder discrecional para racionar selectivamente los procesos y las transacciones judiciales, y el aumento de recursos para jueces y fiscales con la intención de reducir las listas de espera no es probable que afecte al porcentaje de casos que se resuelven mediante declaraciones de culpabilidad negociadas. Además la existencia de retrasos y transacciones judiciales proporcionan justificaciones para aumentar los presupuestos y dimensiones de los departamentos.

No menos implacable se muestra Benson con la discrecionalidad judicial y el racionamiento del tiempo de los tribunales. Los retrasos previos al proceso no surgen exclusivamente del aumento de la criminalidad y del número de casos pendientes que son determinados en su mayoría —como dicen Church *et alii*— por las expectativas establecidas,

⁶³ Neely, p. 16.

⁶⁴ Jones, pgs. 193-197.

⁶⁵ Cooper, «Plea Bargaining: a comparative Analysis», *International Law and Policy*, 5 (1972) p. 427.

la práctica y las reglas de comportamiento no oficiales de jueces y abogados⁶⁶, de lo que deduce Benson (p. 164) que al igual que las transacciones judiciales el retraso de las diligencias previas al proceso es un instrumento controlado por la discrecionalidad de los burócratas⁶⁷ del sistema judicial penal, y dado el sistema actual que estimula los pleitos el volumen de trabajo irá siempre por delante de la capacidad de cualquier maquinaria judicial existente. Cuando no se recurre a los precios para igualar las cantidades demandadas y ofrecidas, aparece un exceso de demanda. Los jueces determinan qué casos serán vistos y cuáles archivados; de este modo revelan qué tipo de casos atraerán su atención y éstos serán los casos que asumirán los fiscales. Cita Benson la afirmación de C. Person de que los jueces racionan la justicia dando la espalda a las reclamaciones relativamente más débiles y a las defensas que requieren tiempo adicional para ser resueltas justamente; archivando estas reclamaciones el juez saturado de trabajo se deshace de estas materias que consumen su tiempo y dirige su atención a otros casos en los que las reclamaciones o defensas son más obvias o convincentes, con lo que podrá resolver más casos y tener más tiempo libre. En el caso de los jueces el tremendo exceso de demanda por sus servicios antes que una medida estadística de su desempeño es un argumento poderoso a favor de mayores dotaciones presupuestarias, amparándose en la escasez de recursos adicionales para justificar su incapacidad resolutoria por falta de incentivos suficientes.

Benson (p. 167) se pregunta si responden de hecho los jueces a los incentivos a los que se enfrentan y utilizan su control discrecional del tiempo del tribunal para trabajar menos, y trae a colación un hecho demostrado por el juez Neely cuando se eliminó en West Virginia el sistema de tarifas para los jueces de paz de los condados sustituido por un salario fijo, advirtiendo que el número de casos vistos al día por cada juez cayó de forma dramática, la calidad de los trámites se deterioró y se saturaron las listas de espera en los juzgados⁶⁸. Es obvio que cuando los jueces de paz eran pagados por cada caso tenían incentivos para resolver éstos más rápidamente, atendían mayor número de casos e incurrían en menos errores de trámite para evitar gastar más tiempo por caso.

⁶⁶ T. Church y otros, *Justice Delayed: The Pace of Litigation in Urban Trial Courts*, Williamsburg, Virginia, 1978, p. 54.

⁶⁷ En España vemos ejemplos de ello en la no comparecencia del abogado el día de la vista alegando pretextos de enfermedad u otros, o en la continua presentación de incidentes que retrasan la vista, factores que indudablemente favorecen a sus clientes.

⁶⁸ Neely, p. 198.

Llama la atención Benson sobre la discrecionalidad burocrática y el racionamiento de las prisiones, teniendo en cuenta que una limitación importante a la hora de dictar sentencia es la escasez de espacio disponible en las dependencias carcelarias⁶⁹. El problema de las prisiones públicas significa que el espacio limitado tiene que ser racionado, de modo que la discrecionalidad judicial se extiende también a la resolución de los casos, y como consecuencia es sustancial la diversidad de sentencias que no guardan relación con los hechos del caso o con la naturaleza del acusado⁷⁰. Otro medio obvio de racionar el espacio de las prisiones es a través de las transacciones judiciales que dan lugar a menores penas; también se reducen las demandas potenciales sobre el sistema de prisiones cuando los fiscales acuerdan archivar casos en vez de llevar a juicio al acusado. Otros instrumentos de racionamiento son las comisiones encargadas de decretar la libertad condicional que tienen una discrecionalidad considerable para determinar qué parte de condena se cumple en prisión. El tiempo de espera es importante en muchas jurisdicciones, ya que los reos sentenciados a prisiones estatales guardan cola en las cárceles del condado debido al limitado espacio de las prisiones. Todos estos mecanismos de racionamiento son inadecuados (p. 168), aparte de otros problemas como los derivados del trato inhumano a los internos derivados del hacinamiento carcelario generador de incontables litigios federales para solucionarlos, y la disfuncionalidad de haber reclusos por delitos sin víctimas y condenados por delitos violentos en cárceles locales inseguras o a los que la saturación carcelaria lleva a jueces y fiscales a imponerles condenas menores. Desde esta perspectiva Benson propone que los condenados no violentos podrían ser multados o castigados a realizar un trabajo en proyectos supervisados mientras que los violentos serían condenados a prisión; también la restitución podrían ser una alternativa al encarcelamiento. El hecho es que cuando existe un exceso de demanda debe existir alguna forma de racionamiento, y en el caso del racionamiento de los recursos públicos destinados a aplicar la ley, las técnicas reflejan las demandas de grupos de intereses y los incentivos de los burócratas, pero no son necesariamente las únicas y más eficaces opciones disponibles (más adelante Benson defiende el sistema de prisiones gestionadas por empresas privadas).

La discrecionalidad judicial (al igual que la de fiscales y policía) es un componente inevitable y necesario de una política pública dominada

⁶⁹ Problema también existente en España donde existe el mayor número de internos comparativamente con otros países de la UE.

⁷⁰ J.Q. Wilson, *Thinking practically about Crime*, en *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution and the Legal Process*, Cambridge, Mass., 1977, p. XXI.

por grupos de intereses. Para poder favorecer a los grupos de presión que le han apoyado el juez debe tener libertad para discriminar entre los casos que se acumulan a causa de la congestión judicial, pero debería quedar claro (p. 169) que el mediocre comportamiento de tribunales y policía es resultado de causas políticas complejas, y no sencillamente de la aparente escasez de personal y financiación.

La conclusión mas importante del análisis teórico de la relación Estado-grupos de presión con la actuación burocrática, es que las medidas gubernamentales representan el interés privado de los grupos de presión más que el interés público, lo que implica que políticos y burócratas no quieren que sus medidas y sus formas de actuar sean fácilmente comprendidas por el público en general, secretismo burocrático que Benson (p. 170) considera algo habitual en la burocracia de la justicia penal, y que jueces y fiscales consideran parte necesaria de su trabajo. De igual forma la policía tiene que proteger la identidad de los agentes secretos y los informantes para poder llevar a cabo arrestos admisibles. Pero el secretismo burocrático no sólo sirve a acciones legítimas; también hace difícil saber quién está obteniendo qué del Estado; además es un intento evidente de restringir la eficacia de la vigilancia y control legislativo sobre la acción administrativa.

La formulación teórica de la acción burocrática sugiere una forma de mejorarla: entidades que compitan por el mantenimiento del orden. De hecho prácticamente cada jurisdicción política tiene su propia burocracia policial y judicial, y con gran número de burócratas que compiten podría predecirse que el sistema funcionaría con razonable eficacia. A ello objeta Benson tres observaciones: 1^a) Incluso en el caso de que las entidades encargadas de aplicar la ley actúen eficazmente, actuarán para satisfacer los deseos de los grupos de intereses más que el interés público, y en este sentido la mayoría de la población no organizada pierde en el proceso de redistribución; 2^a) Si se incrementa el número o tamaño de los grupos de intereses burocráticos del sector público será mayor la demanda de tipificación de delitos para procurar la expansión del sector; los burócratas se hacen tan poderosos como los grupos de intereses diseñándose las leyes para aumentar el tamaño y poder de las burocracias más que para proteger las víctimas de los crímenes; por tanto la actuación del Estado servirá cada vez menos al sector privado; 3^a) Incluso si las metas alcanzadas por las entidades del sector público del orden lo han sido de forma eficiente minimizando el coste de producción, la selección de tales metas no lo ha sido. La gente que no paga una tarifa de uso obtiene servicios policiales y de justicia que generan beneficios personales de menor valor que los que generarían para otros usuarios que tienen que esperar o renunciar a tales servicios debido a la congestión.

Una objeción fundamental que opone Benson al sistema actual es que las víctimas han sido ignoradas casi totalmente por el politizado sistema judicial penal que no se preocupa de su bienestar y tratamiento justo. Dice W. MacDonald⁷¹ que «la víctima tiene que apañárselas por su cuenta en todo momento», desatención que no deja de tener sus efectos sobre el mantenimiento del orden; p. ej. la policía al tener incentivos para esperar a que se cometa el delito, en lugar de vigilar y prevenir, en realidad crea víctimas; al contrario, cuando hacen falta abultadas estadísticas de arrestos, entonces hacen falta víctimas. De aquí deriva Benson (p. 173) que no es de extrañar que los ciudadanos estén cada vez mas descontentos con la actuación pública en cuanto al crimen, y que cada vez más se vuelvan al sector privado para la prevención de los delitos. Con ello se enfrentan a los grupos de intereses de la policía pública, y cuando una víctima toma la iniciativa de la autoprotección se enfrenta a un riesgo considerable de violar la ley, porque además cuando las medidas de protección de la víctima le llevan a violar la ley, no sirve alegar que la protección policial era inadecuada (Mc Donald). Por otra parte, las estadísticas de condenas que son una preocupación de primer orden para los fiscales, hace que el papel que juegan las víctimas en la acusación se concibe generalmente de acuerdo con su función como testigos. Para la víctima los costes de cooperación con los fiscales pueden ser asombrosos: transportes, aparcamiento, pueden perder parte del sueldo y soportar prórrogas y aplazamientos aparentemente ilimitados, aparte de considerables costes emocionales y psicológicos como tener que enfrentarse al asaltante en la sala o soportar las preguntas (muchas veces vejatorias) del abogado defensor. A mayor abundamiento sólo una pequeña parte de los arrestos terminan en condenas por falta de pruebas. Como explica Wilson⁷² existen pocos beneficios que compensen el coste de cooperar en el procesamiento salvo el deseo de venganza, puesto que la propiedad robada a menudo no es recuperada, el dinero no es reembolsado, y normalmente no hay indemnización por las lesiones. Para Benson (p. 178) queda claro que la víctima típica de un crimen tiene poco que ganar participando en el sistema penal de justicia, siendo en realidad explotada por los agentes de la justicia penal y por los abogados defensores para servir a sus intereses personales y corporativos⁷³. No denunciar es la reacción natural ante

⁷¹ McDonald, *The Role of the Victim in America*, en *Assessing the Criminal: Restitution and the Legal Process*, Cambridge, Mass. 1977, p. 298.

⁷² Wilson, p. XV.

⁷³ McDonald, p. 307.

el alto coste para la víctima, pero eludir costes adicionales que sobrepasen la satisfacción personal de ver al criminal castigado no es la única razón para no denunciar los delitos, lo que reduce claramente la eficacia del sector público a la hora de conseguir una adecuada justicia penal, aumentando por el contrario las conductas contrarias a derecho.

La respuesta de las víctimas ha sido organizarse, y han surgido una serie de grupos de presión orientados a la protección de las víctimas como Parents of Murdered Children, Mothers against Drunk Drivers, Society's League against Molestation, Stephanie Roper Committee, que expresan su cólera y frustración ante jueces poco severos, comités de libertad condicional que liberan a delincuentes violentos que cometen nuevos crímenes, fiscales que negocian sentencias convirtiendo crímenes graves en faltas menores, leyes que permiten a los culpables exonerarse merced a artificios procesales y errores policiales. Estos grupos piden leyes mas severas, indemnizaciones a las víctimas, derecho a testificar antes de la sentencia sobre las consecuencias que el delito ha tenido en su vida, etc. que han influido sobre diversas reformas de la legislación penal. Pero esta legislación reformada a menudo refleja un compromiso entre potenciales intereses en conflicto, y con frecuencia está diseñada para beneficiar a un grupo que no es el beneficiario aparente de la ley, como los colegios de abogados que han luchado denodadamente para que las leyes federales incluyan en sus proyectos el pago al abogado de la víctima con recursos públicos.

En el fondo de todos estos problemas late la corrupción de los funcionarios públicos. La corrupción política se convirtió en un elemento más de la vida diaria desde el día que los gobernantes se pusieron a administrar justicia, corrupción que se materializa en un mercado negro de derechos de propiedad que los políticos y burócratas pueden conferir discrecionalmente (p. 187). Si no se vigila de cerca de los burócratas se corre el riesgo de que prevalezca el interés personal. Para Benson la corrupción es una consecuencia directa del poder discrecional de los funcionarios públicos. Cuando se congestiona el sistema judicial los burócratas encargados de la ley y el orden adquieren un enorme poder en lo que respecta a la asignación de los escasos recursos públicos entre los usuarios, y ya hemos tenido ocasión de examinar las diversas posibilidades que tienen al respecto jueces, fiscales y policías. Cuando la Administración modifica una estructura de derechos con el fin de restringir la competencia, crea incentivos para la aparición de un mercado clandestino que necesita que sus transacciones tengan una apariencia de legalidad, o bien llegar a acuerdos con los funcionarios para que no se aplique la ley. Los ejemplos que cita Benson son igualmente

extrapolables a España. Se fija en que puede tratarse de propiedad inmobiliaria (problemas de urbanismo) o cualquier negocio sometido a estrecha vigilancia oficial (todos los que necesitan una licencia administrativa). En estas circunstancias una alteración de los derechos de propiedad que vaya contra la ley necesita el concurso de un funcionario, por lo que la calificación de terrenos y la normativa de edificación genera grandes posibilidades de corrupción política⁷⁴. No es necesario que la corrupción llegue hasta el extremo de modificar abiertamente leyes o normativas (que también se intenta); basta que los funcionarios se inhiban ante la violación de la ley o faciliten atajos a través de la maraña burocrática.

Hay una forma de corrupción estrechamente relacionada con la anterior que se sirve directamente de la facultad de aplicar y hacer cumplir la ley. En los casos en que las actividades ilegales podrían eliminarse con poco esfuerzo y recursos (juego, prostitución), los funcionarios encuentran un filón de derechos de propiedad para ser puestos a la venta; pueden permitir a ciertas personas o grupos operar ilegalmente al tiempo que impiden la entrada en el mercado a otros, es decir, los funcionarios pueden vender concesiones de monopolio a la economía sumergida y vigilar y hacer valer tales concesiones. Según T. Schelling⁷⁵ el crimen organizado es en realidad crimen en régimen de monopolio; P. Rubin y A. Anderson⁷⁶ sostienen que las organizaciones criminales tienen poder de mercado porque hay economías de escala en el soborno de policías y otros funcionarios. Para C. Ashmon⁷⁷ el crimen organizado no puede funcionar sin una Administración de justicia organizada. Es preciso un mercado negro de derechos de propiedad controlados por la Administración para que la economía sumergida pueda funcionar⁷⁸. Las decisiones se toman en función de la información y los incentivos, y los funcionarios públicos reaccionan a los incentivos de la misma forma que los particulares. Estos incentivos rele-

⁷⁴ Al respecto tenemos múltiples ejemplos de ello en España; solo citaré por lo clamoroso mediáticamente la trama de Marbella.

⁷⁵ Schelling, «What is the Business of organized Crime», *American Scholar*, 40 (1971) p. 643 ss.

⁷⁶ Rubin, «The economic Theory of the criminal Firm», *The Economics of Crime and Punishment*, Washington D.C., 1979; Anderson, *The Business of organized Crime*, Stanford Cal., 1979.

⁷⁷ Ashmon, *The Finest Judges Money can buy*, Los Angeles Cal., 1973, p. 11.

⁷⁸ En realidad algo de esto funciona así en España; de otro manera no se explicaría p. ej. el fraude en las facturas del IVA que son a primera vista fácilmente detectables con una mera revisión de los estados financieros que reflejan las adquisiciones y ventas de las empresas defraudadoras, y sólo con que los auditores (o los inspectores financieros y tributarios) ejercitaran el deber que tienen de comprobación.

vantes fueron descritos por G.S. Becker⁷⁹ en su teoría económica del crimen: los beneficios que el funcionario espera obtener en comparación con las alternativas a su alcance, la posibilidad de ser descubierto y sancionado, y la severidad de la sanción o castigo.

El incentivo del soborno para un funcionario viene de comparar los ingresos potenciales por corrupción con lo magro de su salario⁸⁰. Por supuesto los funcionarios del orden no obtienen ingresos extra cuando se niegan a aceptar sobornos y se concentran en mejorar la eficacia en la vigilancia y cumplimiento de la ley. La magnitud del soborno la determinan varios factores, siendo uno de los principales el valor esperado de las concesiones que el funcionario pueda otorgar. Benson (p. 190) pone el ejemplo de las normas estrictas de edificación o zonas verdes demasiado extensas que generan un gran potencial de soborno; los ejemplos que cita de corrupción judicial y policial en USA son aterradores por el número y cuantía de los sobornos. La probabilidad de ser descubierto el funcionario corrupto la plantea Benson desde una perspectiva económica en la que el ciudadano particular tiene pocos incentivos para descubrirlo, porque los beneficios que se derivan de eliminar un corrupto son muy cortos si se comparan con los costes, tiempo y esfuerzo de averiguación; los ciudadanos tienen pocas razones para invertir en el mantenimiento de la integridad de los funcionarios públicos si otros van a compartir gratuitamente los beneficios de esa inversión (p. 193) unido al problema de los *free-riders*. Los medios de comunicación pueden ser también una fuente de vigilancia y control, aunque Benson no cree mucho en ello⁸¹ y cree que pocos *mass-media* dedican tiempo a intentar descubrir a los funcionarios corruptos. Los funcionarios también pueden encargarse de su propia vigilancia; en la policía hay comisiones de asuntos internos, los tribunales tienen sus propias juntas de revisión de sentencias, pero no parecen muy efectivas⁸², y en todas partes los burócratas tienden a autoprotgerse. No es ninguna sorpresa que en los pocos casos en que un funcionario ha denunciado la corrupción se ha encontrado con que sus colegas y superiores le dan de lado, le niegan ascensos, y finalmente se verá obligado a

⁷⁹ Becker, «Crimen and Punishment: ana economic Analysis», *Journal of Political Economy*, 78 (1968) p. 526 ss.

⁸⁰ Un botón de muestra en España serían los casos de corrupción en delitos de narcotráfico en que se han visto envueltos miembros de las fuerzas del orden.

⁸¹ Desde luego puede dudarse de su eficacia, como podemos comprobar en España con los esfuerzos de un diario de gran tirada en la averiguación de los sucesos del 11-M que no parecen conducir a resultados efectivos.

⁸² Entre nosotros como también en USA afecta a este problema el corporativismo de los cuerpos estatales a los que no interesa que se aireen sus conflictos.

dimitir⁸³. Si los funcionarios honrados se enfrentan a estos costes, es evidente que los corruptos poco tienen que temer de sus colegas. Otra razón para que los funcionarios corruptos no les preocupe excesivamente ser descubiertos es que las investigaciones son costosas en tiempo y en recursos, no hay suficientes para controlar a los funcionarios y los propios funcionarios encargados de control se inhiben sobre todo si la corrupción no está a la vista del público, no planteándose si se sirve mejor al interés general dedicando esos recursos a perseguir la corrupción o a otros servicios a no ser que se descubra un gran escándalo y se nombren comisiones especiales para su investigación (p. 197).

Un elemento disuasorio contra la corrupción podría ser la severidad con la que se castiga si es descubierta, aunque su eficacia es difícil de determinar ya que la severidad es un concepto subjetivo, pero si es cierto que los funcionarios que descubren prácticas corruptas tienden a ocultar información y minimizar su importancia, entonces cualquier sistema interno de sanciones debe ser más bien benigno. Informa Benson que en 1981 de 89 demandas contra jueces federales, 11 acabaron en acciones disciplinarias sin especificar, y una con la jubilación anticipada del juez⁸⁴. Precisamente la jubilación anticipada o la renuncia al cargo son las vías de salida más frecuentes cuando es descubierto un funcionario corrupto.

La relación entre el crecimiento del sector público y las oportunidades de corrupción es obvia. Una mayor tipificación de delitos da lugar a que los funcionarios controlen más derechos de propiedad ampliándose las posibilidades para la venta ilegal de esos derechos. El crecimiento del Estado implica que el sector privado o el mercado se ve limitado en sus actividades a medida que la asignación de derechos de propiedad queda dentro de la órbita de los funcionarios aumentando los ingresos potenciales por corrupción (p. 201), con el corolario de que el aumento de servidores públicos hace menos eficaz la vigilancia y control de la corrupción. Además Benson declara que nunca ha visto un gobierno que delegase el poder de hacer cumplir una ley y simultáneamente proveyera los recursos necesarios para vigilar la corrupción potencial asociada. Otra consecuencia del crecimiento de las entidades estatales del orden público es que el riesgo que corren quienes

⁸³ Estas situaciones también se han vivido en España entre miembros de fuerzas del orden.

⁸⁴ En España que yo sepa en estos ultimísimos años sólo ha habido una condena por corrupción a un juez que paradójicamente llegó al órgano supremo de gobierno del poder judicial. Entre nosotros se ha realizado un magnífico estudio de las aporías de nuestro sistema judicial por A. Nieto, *La «nueva» organización del desgobierno*, Madrid, 1997.

pagan sobornos disminuye al mismo ritmo que lo hace el riesgo que corren quienes los reciben, y consiguientemente los particulares están más dispuestos a realizar transacciones clandestinas con los funcionarios multiplicando las oportunidades de corrupción. ¿Hasta qué punto está extendida la corrupción entre los funcionarios del orden? Benson (p. 203) declara no saberlo puesto que la mayoría de la corrupción no se detecta, pero no duda de la preponderancia de la corrupción y hasta ve en ella algunos aspectos positivos, p. ej. si los sobornos persuadieran a la policía de que pasase por alto muchas de las actividades que no generan víctimas y han sido tipificadas como delitos, se liberarían recursos para perseguir delitos contra las personas y la propiedad.

La tercera parte (caps. VII-IX) está dedicada al análisis del resurgimiento de las alternativas privadas en la contratación de orden y justicia, tendencias actuales de la privatización y beneficios de la privatización, y sin duda tiene grandes aciertos en su formulación.

Todo el esfuerzo que ha hecho Benson hasta ahora se dirige a fundamentar su tesis de la posibilidad de Justicia sin Estado sustituyendo la provisión pública de estos servicios por la contratación privada. Hay algo claro: conforme el coste de los servicios públicos ha ido subiendo un número creciente de autoridades públicas se encuentran con una considerable resistencia al aumento de impuestos. Los costes están creciendo mas aprisa en el sector público que en cualquier otro sector importante de la economía (salvo la construcción), y las autoridades locales están viéndose forzadas a buscar alternativas que les permitan ofrecer de forma mas eficiente los bienes y servicios que los diversos grupos les demandan y se han acostumbrado a esperar, y una opción que ha recibido gran atención es su contratación con empresas privadas. Está claro que empresas privadas con ánimo de lucro pueden suministrar bienes y servicios de igual o superior calidad con un ahorro importante de costes (en algún caso hasta el 50%) respecto a la producción del sector público (p. 209), por lo que se ha incrementado la contratación privada: bomberos, servicios médicos complementarios, ambulancias, construcción y mantenimiento de carreteras, parques y servicios recreativos, recogida de basuras, gestión de impuestos, servicios de policía, prisiones. Sobre todo la contratación de estos últimos servicios no fue aceptada rápidamente pero su gestión privada está empezando a cuajar. Los entes públicos estatales han empezado a reconocer los beneficios potenciales en primer lugar de la privatización parcial de actividades relacionadas con la ley y el orden, aunque aún no se ha llegado a la privatización total de los servicios de policía, pero empieza a haber contratos con empresas privadas de servicios de investigación policiales, y en los últimos años hay poblaciones que contratan la totalidad de

los servicios de policía⁸⁵ y va penetrando la contratación de servicios penitenciarios⁸⁶. No se ha podido encontrar ejemplos de contratación completa en el campo de los servicios judiciales; en cambio se está generalizando una privatización mas amplia a través del arbitraje, mediación, tribunales privados, y por supuesto se están contratando servicios de apoyo judicial (abogados de oficio).

¿Porqué hay diferencias entre la calidad y los costes de los servicios proporcionados por empresas privadas y los suministrados por organismos públicos? Benson (p. 216) que honestamente va desgranando y refutando los argumentos de los detractores de la contratación privada, lo ve en los distintos incentivos que mueven a una y otros. L.C. Fitch⁸⁷ lo ha visto claramente: en un mercado dominado por la iniciativa privada el máximo garante de la calidad del producto, el máximo incentivo para operar con eficacia y la principal fuerza que mantiene los precios razonablemente cercanos a los costes de producción, es la competencia unida al ánimo de lucro, mientras que las burocracias del Estado tienen tendencia a no tener en cuenta las necesidades y deseos de la clientela y a anteponer su propia conveniencia, lo que ha de atribuirse a que la obtención de beneficios carece de contrapartidas. Benson añade que los incentivos de los burócratas llevan a los jefes de los organismos a esforzarse por incrementar sus presupuestos y poder con una preocupación relativamente pequeña por la eficacia. Se objeta que las empresas privadas tienen incentivos similares y también quieren expandirse y prosperar para lo que tratan de conseguir poder económico, pero para ello tienen dos limitaciones: 1) Están obligadas a producir algo que los consumidores quieran pagar al precio que dichos consumidores estén dispuestos a pagar; 2) Tienen que competir en un mercado con otras firmas que ofrecen bienes y servicios similares. En suma, tienen que persuadir a los consumidores para que compren su producto mientras que el Estado puede coaccionar a los contribuyentes para pagar mas por algo que no quieren. Poder coercitivo, escasos incentivos de los burócratas, rigidez del sistema de empleo público explican las ineficiencias de la producción pública, que es superada en eficacia y costes

⁸⁵ Omito los casos concretos de poblaciones y Estados de USA que contratan estos servicios porque entiendo mas significativo el hecho de la contratación privada y anecdótico los entes públicos contratantes.

⁸⁶ También en Europa hay experiencias de este tipo en Suecia y Reino Unido. En España aún no han llegado, pero dado el hacinamiento de nuestra prisiones y su altísimo coste, estoy convencido que en algún momento tendrá que plantearse el tema.

⁸⁷ Fitch, «Increasing the Role of the Private Sector providing Public Services», en *Improving the Quality of Urban Management*, vol. 8 de *Urban Affairs Annual Review*, Beverly Hills, Cal., 1974. p. 502.

(y las diferencias de costes en medios y personal son muy significativas) en los numerosos ejemplos que cita Benson en diferentes Estados americanos que han privatizado los servicios policiales. Aún son mayores los ahorros de costes en las cárceles privadas que pueden ahorrar desde un diseño arquitectónico que requiere menos vigilantes.

Otra causa de la ineficiencia pública es su falta de flexibilidad; las unidades administrativas no son capaces de responder con rapidez a las variaciones de la demanda debido a la inflexibilidad política y administrativa de los gobiernos. Es más económico y eficiente contratar una empresa policial privada en épocas de vandalismo puntual que aumentar la plantilla pública; siempre será más fácil poner fin al contrato cuanto remita la necesidad que reducir el número de funcionarios. La relativa flexibilidad de las empresas privadas también se refleja en una mayor probabilidad de innovación. El ánimo de lucro reforzado por la amenaza de la competencia llevan a las empresas privadas a buscar innovaciones que supongan ahorros de costes y mejoras de la calidad. Cuando las empresas tienen que competir cada X años para renovar sus contratos, se ven obligadas a buscar formas de mantener el coste (y por tanto el precio) de sus servicios por debajo del de sus potenciales competidores, y aún sacar un beneficio. La reducción potencial de costes a través de la contratación surge también debido a que las economías de escala divergen para los diversos servicios proporcionados por la Administración; además aunque se supone que el objetivo de los funcionarios es el bien público, esto no asegura la producción de servicios de calidad (p. 222). Si una Administración pública solicita un cierto nivel de calidad de una empresa privada, lo va a obtener, pues de lo contrario puede anular el contrato, pero en la Administración las normas de la función pública y los convenios con los sindicatos prácticamente impiden el despido de un funcionario ineficiente, y mucho menos de todo un servicio. Otra ventaja de la contratación privada es que las empresas contratistas comparten una parte de los riesgos por la responsabilidad que puede surgir de un pleito por daños reduciendo el riesgo del organismo contratante.

¿Cómo se introducen las empresas en el mercado penitenciario cuando no disponen de experiencia o de conocimientos previos? Para Benson (p. 225) es fácil; la privatización no es más que la aplicación de ideas de tipo empresarial como la especialización, la división del trabajo y el pago por los servicios prestados al proceso de administrar justicia. Si es rentable la producción de bienes y servicios para la Administración y se incentiva la competencia, el sector privado responderá. Los problemas surgen solamente si se elimina la competencia, y desafortunadamente dice Benson, existen algunas características propias del Estado que amenazan la competencia, y por tanto, el éxito

de la contratación privada pudiendo surgir disfunciones. Puede ocurrir que el Estado haga un mal trabajo a la hora de contratar igual que ocurre con muchas otras de las funciones que asume; cuando se concede un contrato a una empresa privada sin temor a la futura competencia, ésta empieza a actuar como monopolista, no como un competidor competente. También el recurso constante a una sola empresa, o a unas pocas, se presta a la aparición de relaciones amistosas que pueden dificultar los adecuados controles. El comportamiento burocrático por parte de los organismos contratantes puede destruir la competencia en los concursos, lo que sucede por la gran cantidad y variedad de regulaciones, criterios y otros requisitos del propio proceso de contratación que lo convierte en arbitrario, en definitiva corrupción de los funcionarios encargados de la contratación que hacen que el proceso de selección no sea plenamente competitivo, y de hecho los contratos públicos son una de las fuentes más corrientes y lucrativas de corrupción en la Administración⁸⁸; la corrupción política se hace posible cuando los funcionarios controlan la asignación de derechos de propiedad con valor económico (p. 227), y es posible que mediante sobornos miren para otro lado cuando el productor baja la calidad para aumentar los beneficios dando la razón a que las empresas privadas reducen costes en detrimento de la calidad (los grandes contratistas privados son los grandes financiadores de los partidos), pero esto no ocurre cuando hay competencia perfecta⁸⁹.

De todos modos la tendencia a la privatización es imparable. En USA existen más efectivos de seguridad privada que agentes del orden público, y ha sido observado por Sherman⁹⁰ que pocos fenómenos expresan con más claridad la preocupación ciudadana por la delincuencia — y la pérdida de fe en que el sector público pueda atajarla— que el florecimiento de las policías privadas⁹¹, por no hablar del enorme gasto adicional en sistemas de alarma, cajas fuertes, medidas electrónicas de

⁸⁸ Fitch, p. 517.

⁸⁹ Yo añadiría refiriéndome al caso de España, si hubiera una mejor normativa, y sobre todo, si se aplicara correctamente, de financiación de los partidos políticos.

⁹⁰ Sherman, p. 145 ss.

⁹¹ También en España ha sido creciente el auge de las empresas de seguridad privadas, con lo que el ciudadano está pagando dos veces el mismo servicio; uno ineficiente del Estado que se financia con los impuestos, y otro eficiente por compañías privadas. Lo mismo ocurre con la sanidad, que frente a la sanidad pública con todos los inconvenientes e ineficiencias de organismos burocráticos financiada por todos, ha hecho proliferar compañías privadas de seguros de salud que con costes mucho menores ofrecen un servicio más rápido, probablemente de igual o acaso algo superior estándares técnicos que la sanidad pública, pero ya solo la rapidez en atender la demanda de los usuarios es índice de mayor calidad.

seguridad, rejas en las ventanas, blindaje de automóviles, etc. Al respecto es impresionante el Informe Figgie⁹²: aparte de otras medidas de seguridad el 56% conducía con el seguro de las puertas echado, al salir por la noche el 25% llevaba un silbato, un arma o iban acompañados de su perro, el 54% de las mujeres aseguraban hacerse acompañar en los trayectos nocturnos, el 78% de los negros vestía prendas corrientes para no llamar la atención, más del 50% poseían un arma como medio de defensa del hogar. Y la gente usa las armas para defenderse. Los particulares mataron en defensa propia tantos criminales como la policía, y en algunos lugares incluso mataron dos o tres veces más criminales que la policía (p. 235). Según el Informe Figgie aún son mayores y por supuesto más costosas las medidas de seguridad que toman las empresas admitiendo el 62% que las medidas de seguridad influían en su propio funcionamiento: controles a la entrada del edificio, iluminación más potente, temporizadores automáticos para las luces, circuitos cerrados de televisión, cerraduras codificadas, sistemas de identificación electrónica por tarjeta, automóviles blindados para los directivos, guardias armados y expertos en seguridad en plantilla. Los medios para evitar la delincuencia son caros, y se calcula que las empresas de todo el mundo gastaron aproximadamente 5.300 millones de dólares en detección de intrusos, y la mitad de esa suma corresponde a USA. También existen asociaciones de vecinos contra la delincuencia que no dejan de ser ensayos para mejorar la calidad de vida en sus barrios mediante organizaciones participativas que no son la nota dominante entre las instituciones que velan por el orden, pero no cabe duda que está creciendo un vigilantismo que forma parte de la tradición americana⁹³; algunos ejemplos son las patrullas de auto-protección que operan en barrios castigados por la delincuencia o conflictos raciales, tradición que sigue viva porque cuando el Estado dicta leyes debe asumir la responsabilidad de hacerlas cumplir; si no lo hace adecuadamente la sociedad americana como antaño la anglosajona reinstaura la costumbre por medio de una revolución (que hace énfasis en la afirmación de la soberanía popular) o a través del vigilantismo (p. 240).

Una de las experiencias más completas de privatización cooperativa ha tenido lugar en San Luis a través de calles privadas, que demuestra la incapacidad de las autoridades federales, estatales y locales para enfrentarse a las consecuencias del incremento de la población. En las

⁹² Figgie, *America Afraid: how Fear of Crime changes the Way we live*, New York, 1983.

⁹³ McGrath, *Gunfighters, Highwaymen and Vigilantes: Violence on the Frontier*, Berkeley, Cal. 1984, p. 266.

calles privadas los vecinos adoptan medidas para estabilizar sus barrios, frenar la delincuencia y garantizar un estilo de vida de clase media. En San Luis ante la impotencia del Ayuntamiento para mantener el orden, los vecinos compraron sus barrios, y el Ayuntamiento cedió a las demandas de privatización a cambio de que los vecinos se hicieran cargo ellos mismos del mantenimiento de la calle, alcantarillado, alumbrado, recogida de basuras y todos los servicios de seguridad que no fueran la policía ni los bomberos. Estas asociaciones de vecinos que pagan sus cuotas para su seguridad tienen derecho a cerrar sus calles al tráfico⁹⁴ de modo que sólo los autos de los residentes y de sus invitados pueden entrar: «es su calle, el dominio sobre ella confiere al vecindario un alto grado de cohesión», y la privatización crea lazos de cooperación recíproca contra el crimen (p. 244). Hay que tener en cuenta que a partir de los años 60 en que la contratación y el gasto en servicios de seguridad así como en el empleo en el sector crecieron un 170% y un 130% respectivamente, hoy puede decirse que los servicios de seguridad privados mueven bastante más empleo y dinero que todas las fuerzas locales, estatales y federales juntas. Ha crecido exponencialmente la policía privada de todo tipo: escoltas personales, en empresas, hospitales, aeropuertos, grandes almacenes⁹⁵, y sigue habiendo una demanda creciente de seguridad privada.

También en los últimos años han ido surgiendo tribunales privados que han resuelto muchos litigios; aún no han entrado en el terreno penal, al menos en gran escala, pero existen indicios de que éste será su próximo paso (p. 247). De hecho una de las principales razones de esta rápida expansión es la larga demora del juicio en los tribunales públicos. La mediación (terceros imparciales ayudan a las partes a alcanzar un acuerdo) y el arbitraje (las partes confieren autoridad a terceros expertos para decidir la controversia) son las principales técnicas de resolución privada de disputas, de uso muy frecuente en litigios comerciales y de consumo, en las relaciones laborales y en otros tipos de asuntos. Para Benson estos métodos tienen una historia muy larga, más que la de los tribunales públicos, y sus posibilidades

⁹⁴ También empiezan a proliferar estas urbanizaciones con calles privadas en España, en las que precisamente el sosiego que ofrece la seguridad pagada por los vecinos (mucho más efectiva que los servicios policiales del sector público) son uno de los principales reclamos para la inversión inmobiliaria. También en España como en USA los nuevos vecinos deben tener una capacidad económica similar a la de los primeros residentes, y obviamente compartir su sistema de valores que en este caso concreto se centra en poner freno a la delincuencia en sus hábitat.

⁹⁵ En España incluso en instalaciones del Ministerio de Defensa la seguridad está confiada a empresas privadas.

no están sino reemergiendo. La mediación siempre ha formado parte de la práctica mercantil casi desde que existe el comercio; uno de los cometidos más frecuentes del mediador es facilitar la negociación de contratos complicados, y toda mediación exige que haya un beneficio potencial para ambas partes si se quiere que sea un instrumento útil en la resolución de un conflicto; el mediador recuerda a las partes que sus negociaciones son un acto de cooperación recíproca, que uno no gana necesariamente al negar al otro algo que éste desea, y su intervención ha sido particularmente útil en USA en conflictos medioambientales, poniendo de manifiesto la pérdida de fe en un tribunal público como foro adecuado para decidir sobre el empleo de recursos naturales, protección de fauna y flora, contaminación del aire y el agua, vertido de residuos tóxicos, etc. (p. 249). La conclusión es que litigar no es nada eficiente, implica enormes retrasos y altos costes, y cuando finalmente se declara ganadora a una de las partes, ésta no se siente tal⁹⁶, así p. ej. a veces las sentencias de los tribunales públicos se centran en algún aspecto técnico concreto y dejan sin resolver la cuestión principal; es más, los tribunales que presuponen el antagonismo no buscan un acuerdo, fuerzan una solución, y en la práctica, garantizan futuras confrontaciones entre las partes (p. 250). Desde los años 60 del pasado siglo se ha recurrido a la mediación en unos 100 programas públicos para resolver conflictos (en Los Angeles, Filadelfia, Kansas City, San Francisco, Miami, Boston, New York, Cleveland) que los tribunales hubieran considerado demasiado triviales o difícilmente abordables: peleas domésticas, riñas entre vecinos, y roces similares entre grupos étnicos, acudiendo para ello a voluntarios de la vecindad que sirvieran de mediadores, programas que se han ido extendiendo a los casos penales. Ha habido fracasos en las actuaciones penales, según Benson porque dependían en gran parte de las autoridades para su desarrollo, financiación y administración, fracasos que en su opinión (p. 251) reflejan las carencias de los sistemas de justicia vecinal impuestos por las autoridades, y sustancialmente porque básicamente eran una extensión del sistema judicial público, pero esto no descalifica la mediación privada como alternativa viable a la resolución de conflictos.

El arbitraje es otra técnica utilizada desde la Baja Edad Media en las disputas entre mercaderes, y desde la I Guerra Mundial ha sido la práctica preferida en el ámbito mercantil hasta alcanzar proporciones que hacen de los tribunales públicos un recurso secundario en muchas

⁹⁶ T. Denenberg y R.V. Denenberg, *Dispute Resolution: settling Conflicts without Legal Action*, New York, 1981, p. 15.

zonas y completamente superfluo en otras⁹⁷. Se recurre al arbitraje mercantil en todas partes, y muchos acuerdos comerciales incluyen cláusula de arbitraje, y lo mismo ocurre en el sector de la construcción; la misma NYSE generalmente elige el arbitraje, los conflictos relacionados con el consumo cada vez con mas frecuencia se dirigen al arbitraje (también en España), y está entrando en el campo de la medicina y en los conflictos laborales. Según Benson (p. 255) decenas de miles de casos laborales se resuelven cada año en USA por esta vía.

El arbitraje, y especialmente el mercantil, compite con instituciones de la Administración que pueden intentar suprimirlo. A principios del s. XX los abogados empezaron a reconocer que suponía una amenaza al sistema público que habían llegado a dominar. Pero abogados y hombres de negocios querían cosas distintas. Estos últimos querían rapidez y economía en la resolución de conflictos y que los fallos estuvieran basados en la costumbre y la práctica mercantil. En 1920 el Colegio de Abogados y la Cámara de Comercio aunaron esfuerzos para conseguir aprobar una ley del Estado de Nueva York que declaraba vinculantes y al amparo de los tribunales públicos los fallos de los arbitrajes, y algunos observadores argumentaron que son estas leyes las que lo hacen viable, es decir, el arbitraje privado constituye una alternativa a los tribunales públicos sólo porque está respaldado por estos mismos tribunales. Esta argumentación para Benson (p. 256) es falsa, y de hecho el Derecho mercantil internacional se mantiene y desarrolla sin necesidad del respaldo de una autoridad estatal coercitiva, y de hecho se consolidó antes de que la Administración ofreciera medios coercitivos.

Otro medio de resolución de conflictos es el recurso a jueces privados. Informa Benson que en 1976 dos abogados de California (donde había mas de 70.000 casos pendientes con una demora media de casi cinco años) descubrieron una ley de 1872 que reconocía a los litigantes el derecho a un juicio completo presidido por un árbitro de su elección. Los abogados que deseaban rapidez buscaron a un juez jubilado con experiencia en la materia del caso, le pagaron los honorarios de un abogado, y ahorraron a sus clientes tiempo y dinero. La ley de California y similares de otros Estados permite a los litigantes elegir un árbitro para todos o algunos de los asuntos *sub iudice*, informar del fallo y redactar la posterior ejecutoria. Cualquiera que cumpla los requisitos para ser jurado puede ser juez privado, aunque en la práctica son antiguos jueces públicos jubilados. En estos últimos años empresas privadas han entrado en el mercado de la justicia en casi todos los Estados ofreciendo resoluciones de conflictos rápidas y baratas. Un juicio privado

⁹⁷ W. C. Wooldridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man*, New York, 1970, p. 101.

normal dura dos o tres días con honorarios sensiblemente mas bajos de los suplidos en los juicios públicos, y satisface la demanda de juicios rápidos y accesibles.

Este sistema de jueces privados lo conecta Benson con la reaparición del Derecho mercantil consuetudinario a partir de la praxis judicial inglesa del s. XIX que al admitir como common law las prácticas mercantiles abocaron a los tribunales públicos los litigios comerciales, y una vez que dominaron la mayor parte del mercado empezaron a comportarse como un monopolio dictando y aplicando leyes en lugar de admitir la importancia de la costumbre, pero cuando se desviaron del Derecho mercantil más de lo razonable los tribunales de common law empezaron a sentir de nuevo la presión competitiva del arbitraje mercantil y de los tribunales de otros países en lo concerniente al comercio internacional al margen de las rigideces del common law. Por el contrario los jueces de USA fueron siempre mas receptivos hacia el Derecho mercantil de la práctica, puesto que el Derecho positivo nacional se vio obligado a ajustarse a los requerimientos de los comerciantes, no al contrario⁹⁸. Los tribunales de USA convierten en ley los usos y prácticas comerciales (p. 263), y el sector privado continúa desarrollándose y extendiendo la base del Derecho consuetudinario; los derechos y obligaciones amparados por la justicia pueden tener su origen tanto en un contrato como en los preceptos de una ley, por lo que los contratos negociados y firmados voluntariamente por particulares son una forma de producción privada de Derecho⁹⁹, y si el contrato adopta una forma estandarizada producto de una larga tradición, está reflejando la existencia de una ley consuetudinaria con nuevas figuras contractuales que implica la existencia de un elemento de mediación, de donde se deduce que la mediación privada frecuentemente crea Derecho. Los árbitros también pueden crear precedentes que formen parte del Derecho consuetudinario (p. 264), y esta producción de Derecho como resultado del arbitraje privado según Wooldridge¹⁰⁰ ha supuesto un silencioso arrinconamiento no sólo de la judicatura sino también de las cámaras legislativas. Esto se advierte mas claramente en el Derecho mercantil internacional en cuanto las leyes del comercio internacional son universales y escapan a las restricciones de las leyes nacionales poniéndose por encima de las divergencias entre los politizados y autoritarios sistemas legales nacionales, y son los propios comerciantes la única fuente posible de uniformidad ya que los gobiernos difícilmente se

⁹⁸ Trakman, p. 104.

⁹⁹ Fuller, *The Principles of Social Order*, Durham, North Carol. 1981, p. 175.

¹⁰⁰ Wooldridge, p. 112.

ponen de acuerdo. Por eso los litigios del comercio internacional se resuelven mediante arbitraje o mediación. Los árbitros de la Cámara de Comercio Internacional normalmente se designan de nacionalidad diferente de la de las partes en conflicto, y sus procesos son rápidos y flexibles como exigen las necesidades del comercio.

Benson ve indudables los beneficios de la privatización. El aumento de los esfuerzos en el sector privado por prevenir delitos y resolver disputas refleja algo más que una respuesta negativa a ciertos aspectos de la actuación del sector público. Los beneficios de la producción privada son importantes y aplicables al control del crimen y la resolución de disputas de la misma manera que lo son en otras áreas de producción de bienes y servicios (p. 271), habiendo ganancias en eficacia y superando el racionamiento público en la aplicación del Derecho, aparte de las ganancias derivadas de la especialización de los tribunales privados. Tanto los hechos como la teoría económica señalan que cuando los factores se especializan en aquel campo para el que poseen una ventaja comparativa, se incrementa la eficiencia económica. Se produce más con igual cantidad de recursos o se emplean menos factores para producir la misma cantidad, y los jueces privados son expertos en la materia del caso por lo que no necesitan formarse en los pormenores técnicos (supongo que Benson alude a los procesales) con el considerable ahorro de tiempo que esto implica (p. 274), citando abundantes ejemplos de especialización en la prevención y protección privada contra el crimen. La posesión de armas de fuego es una forma especializada de protección que proporciona el beneficio de la disuasión y evita la consumación de delitos. Muchos ciudadanos en USA guardan armas en su casa para hacer frente a posibles situaciones en las que la actuación de la policía pública o privada puede fallar debido a su demora, y aunque el efecto disuasorio de la tenencia privada de armas de fuego no puede medirse con exactitud, existen pruebas relevantes de su eficacia. Ph. Cook¹⁰¹ observó que territorios y condados con control estricto de las armas tienen niveles más altos de atracos a mano armada que lugares con controles más débiles, lo que a juicio de Benson (p. 277) significa que cuando la capacidad de los individuos para defenderse está más limitada, se hacen más vulnerables al crimen, y está convencido de que los controles más estrictos de armas establecido en zonas de alta criminalidad en un esfuerzo fallido por reducir el crimen, se basan en la creencia errónea de que la posesión privada de armas causa crímenes. Si los ricos pueden protegerse eficazmente

¹⁰¹ Cook, «The Effect of Gun Availability on Robbery and Robbery Murder: a Cross-Section Study on 50 Cities», *Okkcy Studies Review Annual*, 1979, p. 743 ss.

pagando policía privada, a los ciudadanos con menos recursos en posesión de armas, ineficientemente protegidos por la policía pública, esta posesión les permite protegerse en cuanto que sus posibilidades son mas limitadas.

Es probable que la producción privada de seguridad o de resolución de disputas sea mas eficaz que la ofrecida por el sector público. Una razón es que las empresas privadas sólo pueden sobrevivir si obtienen beneficios, y en su esfuerzo por ser rentable el empresario privado trata de producir el nivel de servicios demandado al menor coste posible; si tiene éxito tendrá beneficios. Pero los ciudadanos no esperan que un departamento de policía o un juzgado consiga beneficios; los impuestos cubren los costes y los funcionarios actúan sin tener en cuenta los costes (p. 282), por lo que tienen incentivos mas débiles para cubrir los costes de producción, y tampoco consiguen beneficios por producir al menor coste posible. La inflexibilidad organizativa inherente a la función pública impide a sus gestores castigar a los funcionarios ineficaces a no ser que su comportamiento sea extremo, y son prácticamente imposibles las acciones para ajustar las necesidades de mano de obra a exigencias cambiantes. Que la producción de calidad importa menos se advierte en los objetivos tradicionales de los sindicatos de funcionarios: mayor paga, seguridad en el empleo y menos trabajo¹⁰². Por eso los servicios de policía y resolución de disputas son producidos mas eficientemente por empresas privadas a menores costes, aguijoneadas además por la presión de la competencia. Lo mismo ocurre con los tribunales privados. La simplificación de las reglas y los procedimientos caracterizan al arbitraje, y los hombres de negocios que lo eligen son conscientes de la deseable relación entre los pocos formalismos y la rapidez. El arbitraje evita los aspectos procesales que tanto tiempo consumen de los pleitos públicos y ofrece una flexibilidad considerable con procedimientos mas sencillos. La lógica de Benson es clara: las decisiones asignativas tomadas por los mercados privados están normalmente basadas en una mejor información, tanto de demandantes como de oferentes, que las tomadas por el sector público. Los consumidores que compran bienes y servicios en mercados competitivos tienen razonablemente buenos criterios para comprar, de modo que tienen una mayor idea de las calidades disponibles, tienen bastante interés en utilizar la información disponible puesto que cuando toman una decisión de compra consumen directamente el bien o servicio. Sin embargo los consumidores de bienes producidos por el Estado tienen unos incentivos relativamente débiles para obtener información, y al

¹⁰² Fitch, p. 507.

tomar una decisión el sujeto no tiene ninguna garantía de que el Estado va a responder de la forma deseada¹⁰³. De hecho en la política representativa no existe garantía de que la elección individual tras la búsqueda de información importe algo en absoluto (p. 286). Los votantes y los contribuyentes tienen escasos incentivos para informarse en relación con los trabajos de su Administración, o sea, tienen pocos incentivos para vigilar la actuación de los que producen bienes y servicios públicos, lo que genera para los grupos de interés la oportunidad de influir en las decisiones del Estado, hace posible que los burócratas produzcan ineficientemente y abre la puerta a la corrupción (p. 287), mientras que los productores en los mercados competitivos están obligados para poder sobrevivir y prosperar a suministrar aquello que desean los consumidores.

Es más, la iniciativa privada estimula la eficiencia de los servicios públicos. No es sorprendente encontrar a una mayoría aplastante de agentes de policía que no se oponen al control de armas y creen que una ciudadanía armada es un elemento disuasorio del crimen; en una encuesta de 1977 el 83% de los policías declaró que prohibir las armas de fuego beneficiaría a los criminales en vez de a los ciudadanos¹⁰⁴. Benson (p. 288) se pregunta si el control del crimen por el sector público y por el privado son sustitutivos o complementarios; si son complementarios el crecimiento del sector privado mejoraría claramente la actuación del sector público (por lo que se inclina Benson); si sustitutivos el impacto sobre la actuación pública será en su mayor parte ilusoria. Sin embargo existe una forma en que la función sustitutiva podría mejorar realmente la actuación pública. Conforme más ciudadanos se vuelven hacia el sector privado se irán dando cuenta de las ventajas de la privatización, los servicios privados se irán especializando y como consecuencia se irán haciendo más eficaces que los prestados por el sector público; además los servicios del sector privado generalmente estarán disponibles a un coste menor y los ciudadanos se resistirán cada vez más a pagar impuestos para financiar policía y tribunales (p. 290). La amenaza de perder dotaciones presupuestarias y puestos de trabajo puede ser lo suficientemente grande para los burócratas del sector público como para incentivar un mayor control de los costes, o para rebajar sus pretensiones salariales y exigencias laborales. De este modo las ventajas de la competencia pueden influir sobre la producción del

¹⁰³ En España tenemos al respecto la declaración de por sí muy expresiva de Tierno Galván de que las promesas electorales se hacen para no cumplirlas.

¹⁰⁴ N. F. Ayood, *The Experts speak out. The Police View of Gun Control*, Bellevue, Wash., 1981, p. 7.

sector público. ¿Cuánta privatización debe permitirse?. Según Benson (p. 291) un número creciente de estudiosos sostiene que el gobierno no debería tener ninguna función en el ámbito de la protección contra el crimen o en la resolución de las disputas, y considera sus argumentos atractivos por cuanto subraya las ventajas de la libertad de elección y la competencia, los incentivos para minimizar los costes derivados del ánimo de lucro y los beneficios de la especialización; en definitiva ventajas de la eficacia y eficiencia de la oferta de los productores privados en relación con la oferta de los agentes públicos.

En la parte 4ª «racionalizar la justicia autoritaria», Benson dedica los caps. X «los fallos del mercado en materia de ley y justicia», y XI «el monopolio legal de la coacción», mas un apéndice en el que habla de la costumbre como Constitución tácita.

Para Benson la mayoría de los argumentos en defensa de la provisión pública de ley y orden se basan en los fallos del mercado, esto es, que el sector privado no será eficiente. La hipótesis implícita en estos argumentos es que cuando falla el mercado el Estado puede hacerlo mejor. Pero aún en el caso que los argumentos sean correctos no se sigue necesariamente que la producción estatal de ley y orden esté justificada (p. 313). Los argumentos *pro publico* advierten dos tipos básicos de fallos del mercado. 1) Las externalidades positivas y negativas (incluidas las externalidades de los bienes públicos) por lo que el sector privado es, presuntamente, incapaz de internalizar ya sea parte de los costes o algunos de los beneficios que acompañan la producción o el consumo de un bien o servicio. 2) El poder monopolístico, según el cual las fuerzas de la competencia no bastan para garantizar una producción eficiente.

Respecto al primer problema pone el ejemplo de unos pocos sujetos que contratan una empresa privada de seguridad para patrullar en su vecindario: la patrulla impide el crimen tanto para los que pagan como los que no, con lo que se plantea el problema de los *free riders* (polizones); cuando abundan éstos la gente tiene que ser coaccionada para pagar por el servicio y el Estado es la única entidad ampliamente reconocida con capacidad para coaccionar, argumentos que desde el punto de vista teórico aclara R. Epstein¹⁰⁵ para significar los fallos del sistema de derechos privados: 1) Su incapacidad para controlar la agresión privada para el que la fuerza de la policía es la respuesta adecuada; 2) Las transacciones voluntarias no pueden dar origen al poder centralizado necesario para combatir la agresión privada; existen costes de

¹⁰⁵ Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, Mass. 1985, p. 5.

transacción, problemas para mantener fuera a los que no pagan y problemas de *free riders* prácticamente insuperables cuando es necesario organizar la actuación de un gran número de sujetos. Estos argumentos para Benson (p. 315) son los utilizados para justificar la tendencia histórica hacia el aumento de la producción estatal de dichos servicios para complementar o sustituir las actividades privadas de protección.

Argumentos similares se utilizan para justificar la provisión pública de tribunales¹⁰⁶. Quizá el beneficio externo de las decisiones judiciales es el cuerpo de Derecho o jurisprudencia que generan sus sentencias, externalidad que queda disponible para todos sin coste adicional (sistema del *common law*). El fallo del sector privado estaría en la imposibilidad de conseguir el cobro por estos beneficios adicionales. Se señala que para hacer valer los derechos de propiedad (fundamental en una economía de libre mercado) se precisa la coacción, y sólo el Estado tiene poderes coactivos que al establecer leyes y mecanismos para aplicarlas tiene el efecto externo beneficioso para que se desarrolle y funcione la economía de mercado, de modo que sin el Estado habría insuficiencia de leyes y escasa represión de la delincuencia puesto que no se podría cobrar a todo aquél que se beneficie de la ley y el orden. El error de esta visión para Benson (p. 316) estriba en tratar todos los servicios del Estado como si fueran bienes públicos. La provisión eficiente de los bienes que generan beneficios externos requiere cooperación, pero ésta no siempre necesita del Estado, y la cooperación voluntaria está a la orden del día en el sector privado (acuerdos entre compradores y vendedores, todo contrato es un acuerdo formal para cooperar), de modo que una distinción fundamental entre el Estado y el sector privado está en los medios que utilizan para lograr la cooperación.

Lo dicho hasta ahora se comprueba desde el ángulo contrario en los fallos del Estado en el ámbito de las funciones policiales. ¿Asigna la policía pública los recursos de forma mas eficiente que la policía privada? Es evidente que no. Por su carencia de precios hay un exceso de demanda, y en estas circunstancias no hay garantía de que los servicios sean destinados hacia su mejor empleo. Asimismo los grupos de intereses influyen sobre la asignación de los recursos destinados a estos servicios, y dado que se transfieren a otros los costes los beneficios que reciben los grupos de intereses son considerablemente menores que los costes totales de producción, y ya he tenido ocasión de exponer el pensamiento negativo de Benson debido a la falta de incentivos burocráticos para producir de forma eficiente.

¹⁰⁶ Incluso utilizados por Hayek, *law, Legislation and Liberty*, I, Chicago, 1973 (existe traducción española, Madrid, 1988, y en un sólo volumen, 2006).

¿Pueden ser eficientes y son deseables los tribunales privados? W.M. Landes y R.A. Posner¹⁰⁷ lo dudan y hasta mantienen una postura negativa en base a los siguientes argumentos: a causa de las dificultades para establecer derechos de propiedad con respecto a un precedente los jueces privados pueden tener pocos incentivos para establecer dichos precedentes. Se esforzarán por conseguir un resultado justo para ambas partes con el fin de mantener su reputación de imparcialidad, pero ¿porqué habrían de esforzarse en explicar su resolución de modo que proporcione una guía para futuras partes? Si lo hicieran así proporcionarían un beneficio externo y no retribuido no sólo para futuras partes sino también para los jueces que les hacen competencia; es más, los jueces evitarán explicar sus resoluciones ya que la demanda por sus servicios como consecuencia de la aclaración del significado de la ley descendería al reducirse el número de disputas. Niegan estos argumentos Benson (p. 320) y Friedman¹⁰⁸ para quienes Landes y Posner citan pruebas que contradicen lo que afirman; sería suficiente para refutarlos el rápido crecimiento del Derecho mercantil, siempre por vías privadas; de hecho cuando el common law absorbió el Derecho mercantil, éste perdió gran parte de su flexibilidad, se volvió mas rígido y su desarrollo perdió ritmo¹⁰⁹. Landes y Posner explican que el arbitraje comercial no establece precedentes, pero esto es una falacia y ocurrió precisamente lo contrario (p. 321); mayor razón tienen cuando explican que en el common law las materias contractuales y comerciales fueron absorbidas por los tribunales públicos; posiblemente el interés financiero propio de los jueces ingleses que eran pagados en parte con las tarifas de los pleitos fue un factor que contribuyó a la absorción del Derecho mercantil por el common law, y en esta misma línea la reforma procesal inglesa en el s. XIX se ha atribuido en parte a la competencia del arbitraje privado¹¹⁰. Una explicación mas cabal para Benson fue que al ser absorbido el Derecho mercantil sólo una parte de los costes de pleitear se reflejó en las tarifas judiciales, con lo que los comerciantes transferían parte de los costes a terceros encontrando atractivo este arreglo dado que los tribunales públicos aplicaban el Derecho tal como los comerciantes lo habían desarrollado, y cuando el proceder del tribunal público se separaba mucho de la práctica mercantil y esto

¹⁰⁷ Landes y Posner, «Adjudication as a Private Good», *Journal of Legal Studies*, 8 (1979) p. 238.

¹⁰⁸ D. Friedman, «Private Creation and Enforcement of Law: a historical Case», *Journal of Legal Studies*, 8 (1979) p. 402.

¹⁰⁹ Benson «The spontaneous Evolution of Commercial Law», *Southern Economic Journal*, 55 (1989) p. 644 ss.

¹¹⁰ Landes y Posner, pgs. 257-258.

empezaba a suponerles costes que superaban los beneficios asociados a las tarifas, reaparecía de nuevo el arbitraje privado. Por tanto bajo estas circunstancias el arbitraje privado aplicará virtualmente las mismas leyes reconocidas por el sector público, pero en realidad la relación de causalidad va en la dirección contraria a la señalada por Landes y Posner, porque de no aplicar las leyes y prácticas mercantiles la burocracia judicial pública perdería el conocimiento de los asuntos mercantiles. Y de nada valen los argumentos contrarios a los precedentes de los acuerdos para la contratación privada en la resolución de las disputas, porque estos acuerdos que tratan de maximizar el beneficio no implican maximizar el número de casos resueltos. Un juez privado que diea reglas y opiniones claras cobraría un precio relativamente alto por contratar con varias organizaciones, y con estos contratos el juez tendría incentivos para minimizar el número de disputas que van a juicio haciendo sus reglas claras, o sea, estableciendo precedentes (p. 323) que despejaran futuras disputas, y como ha demostrado la práctica es más probable que los tribunales públicos den lugar a incertidumbres y pleitos adicionales que los privados; la incertidumbre generada por las miles de confusas reglas procesales del sistema judicial público es innegable (p. 324).

Tampoco cree Benson que las leyes creadas por el legislativo están generalmente diseñadas con fines de interés público como maximizar el bienestar social mediante el apoyo a la economía de mercado; ni lo fue en el common law en que la legislación real tenía como objeto aumentar el poder de la corona o los ingresos del fisco, ni hoy, porque la legislación en una democracia representativa generalmente tiene como finalidad satisfacer las demandas de intereses concretos y no establecer y defender derechos de propiedad, porque el sistema judicial es también una parte del mercado político (p. 326). Las normas dictadas por los políticos no tienen como misión apoyar los procesos de mercado, y ha dicho Leoni¹¹¹ que ningún mercado libre es compatible con un proceso de elaboración legislativa centralizado por las autoridades. Para Benson la producción pública de normas socava el orden de la propiedad privada que sostiene un sistema de libre mercado. Además el proceso continuo y creciente de confiscación de los derechos de propiedad crea una incertidumbre considerable en relación con el valor futuro de aquellos derechos de propiedad que aún no han sido confiscados creando unas externalidades negativas debido a que los recursos serán consumidos en exceso y su producción

¹¹¹ B. Leoni, *Freedom and the Law*, Los Angeles, p. 4 (existe traducción española, Madrid, 1995).

insuficiente. Estima Benson (p. 328) que cuando la legislación autoritaria lleva a cabo cambios sustanciales en la asignación de derechos de propiedad que afectan a muchas partes, se generan externalidades negativas, tal como lo explicaba Leoni¹¹² al señalar que la legislación puede tener hoy en muchos casos un efecto negativo en la propia eficacia de las normas y en la cohesión de los sentimientos y las convicciones prevalentes en una sociedad determinada¹¹³ al romper la cohesión mediante la destrucción de las reglas establecidas y la anulación de convenios y acuerdos existentes voluntariamente aceptados y respetados; aún mas destructivo es el hecho de que la misma posibilidad de anular acuerdos y convenios mediante la nueva legislación tiende a inducir a dejar de confiar en los convenios existentes o a dejar de respetar cualquier acuerdo aceptado; por otro lado el continuo cambio legislativo le impide reemplazar con éxito y normas duraderas al conjunto de normas no legislativas (usos, convenciones, convenios) que son destruidas en el proceso, y esto es lo que ocurre en mi opinión en nuestra actual época de hiperinflación legislativa que incide de modo negativo —lo que Benson llama externalidades negativas— en el tema de la certeza del Derecho, sosteniendo una opinión contraria al exceso de legislación estatal siguiendo una idea de Auerbach¹¹⁴ que la sociedad americana (yo añado y la europea) está sobrecargada de «polución legal».

También sostiene Benson (p. 329) que el poder coactivo en manos de los jueces produce externalidades negativas ya advertidas por Leoni: la jurisprudencia puede llegar a adquirir las mismas características que la legislación, incluidas las indeseables, siempre que los jueces tengan la potestad de decidir de forma inapelable de manera que el establecimiento de un Tribunal Supremo en realidad introduce el proceso

¹¹² Leoni, p. 17.

¹¹³ Este tema tiene mucho calado y afecta a un tema esencial como es la certeza del Derecho. En mi opinión, y lo refería al Derecho romano pero es extrapolable a todas las épocas (Torrent, *Conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico romano*, Oviedo, 1973, p. 136) la ley no es la única base para calificar la certeza del ordenamiento, sino que existen también otros criterios propios de la experiencia jurídica (en Derecho romano la labor de la Jurisprudencia y del Edicto pretorio), con lo que negaba la teoría normativista del Derecho, problema de certeza del Derecho que Corsale, *La certezza del diritto*, Milano, 1970, p. 58, resolvía considerando la ideología del ordenamiento según que prevalezcan aspectos comunitarios o aspectos societarios, es decir, según que el propio grupo sobre el que incide el ordenamiento esté saldado fuertemente o por el contrario prevalezca la ideología de un grupo dominante.

¹¹⁴ Auerbach, p. 9.

legislativo en la judicatura¹¹⁵. Cualquier tribunal estatal es en algún sentido «supremo» siempre que sus decisiones estén respaldadas por un poder coactivo; por tanto la «polución legal» aparece venga la legislación de una legislatura o de un tribunal público, y ya señaló Neely¹¹⁶ que la masa de precedentes en el Derecho es tan enorme que nada queda claro y resuelto una vez que toca los tribunales. Con razón advierte Benson (p. 330) que venga la legislación de un rey, un juez o una cámara legislativa se produce una incertidumbre que resulta del rápido cambio legislativo, lo que confluente en otra externalidad negativa: el Derecho autoritario no facilita la interacción, algo que ha producido grandes fracasos legales al decir de Fuller¹¹⁷: dichas leyes llevan a la aplicación selectiva, la corrupción y la tolerancia indisimulada de actos ilegales. Todas estas externalidades negativas significan que el Estado produce demasiado Derecho; incluso en el caso de que el sector privado produjese demasiado poco Derecho, como sugiere el argumento a favor de su provisión pública, no se sigue de ello que el sector público haga un trabajo mejor. Benson (p. 331) confiesa que probablemente ningún sistema será perfecto; de lo que se trata es de saber cuál es el que genera imperfecciones más significativas.

Todas estas consideraciones llevan indefectiblemente a Benson a tratar del monopolio legal de la coacción, empezando por señalar (p. 335) dos argumentos contradictorios de los defensores de la provisión pública de policía, tribunales y legislación: 1) Una sola empresa privada acabaría por monopolizar el mercado de la justicia y el orden, lo que significa que tendría poder para imponer conductas a los ciudadanos pareciendo necesario un benévolo monopolio estatal si se quiere conservar la libertad; 2) Debe existir una única autoridad centralizada a la que acudir como último recurso (p. ej. un tribunal supremo) para evitar los conflictos de competencia entre los distintos sistemas legales y la ineficaz duplicación de servicios que generaría la privatización.

¹¹⁵ En el sistema español el problema desde un punto de vista teórico se plantea de modo distinto al señalar sibilíamente el art. 1.6 del Código civil que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y principios generales del Derecho; también la Ley Orgánica del Poder Judicial excluye para la judicatura funciones legislativas, pero a pesar de estas declaraciones legales no cabe duda de que la jurisprudencia tiene un poder fáctico de crear Derecho; vid. Torrent, *Instituciones de Derecho Privado*. I,1, *Derecho civil. Parte General*, Zaragoza, 1994, p. 104.

¹¹⁶ Neely, p. 110.

¹¹⁷ Fuller pgs. 232-233.

La principal razón que se da para temer un monopolio policial privado es que las agencias de protección podrían convertirse en empresas criminales que emplearían la intimidación o la violencia para intimidar a los ciudadanos e imponerles su voluntad; la experiencia moderna es que también las fuerzas estatales se han utilizado para estos fines, y no vale decir «esto no puede suceder en una democracia» (basta recordar al Comité de Actividades Antiamericanas promovida por el senador McCarthy)¹¹⁸. Históricamente hay razones para temer que el gobierno abusará de la fuerza y que castigará sumariamente a los ciudadanos sin juicio previo. Este abuso del poder público no resuelve el problema de si el sector privado haría lo mismo, pero ya se han desgranado suficientes argumentos a favor de la seguridad privada. Ciertamente es también que el marco institucional es distinto en los dos sistemas; actualmente el poder se ha acumulado y concentrado en un número de personas relativamente pequeño; cuando un político profesional queda fuera, el poder simplemente pasa a otro y continúa creciendo; en un sistema privado el que ofrece servicios de protección tiene que convencer a sus clientes de que va a protegerlos antes incluso de que empiece a acumular poder, y si se vuelve contra sus clientes éstos puede contratar a otra empresa neutralizando su eventual poder, en todo caso muy diluido por el creciente número de agencias privadas actuando en competencia. En un régimen de mercado libre las empresas de seguridad privadas no gozan de más prerrogativas que los particulares, y por tanto no pueden acceder a la coacción legitimada como lo hace el sistema de orden público de provisión estatal¹¹⁹, que por otra parte ha llevado siglos a los gobernantes constituir un aparato estatal operativo.

Si como defienden los *pro publico* no se puede prescindir del poder coercitivo del Estado para hacer cumplir las leyes, entonces es irrelevante si los funcionarios tienden o no a abusar de su poder, y la ley es necesaria según los primeros para 1) Asegurar el cumplimiento de las sentencias de los jueces privados; 2) Obligar a someter las disputas a juicio. Para Benson (p. 339) esta amenaza no tiene porqué ser competencia del Estado. Además los derechos y deberes establecidos por el Estado son incapaces de regular relaciones complejas e interdependientes, lo que no significa que no puedan establecerse y mantenerse

¹¹⁸ En España tenemos un ejemplo recentísimo en la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de mayo del 2006 que condena a tres policías por detención ilegal, que ya ha producido algunas consecuencias políticas como la dimisión del Delegado del Gobierno en Madrid.

¹¹⁹ D. Friedman, *The Machinery of Freedom: Guide to Radical Capitalism*, New York, 1973, p. 170.

por los mismos individuos, apelando a Fuller¹²⁰ que sostiene que orientamos constantemente nuestras acciones hacia nuestros semejantes en función de pautas que ni la moral en el sentido habitual del término, ni los códigos, han fijado. Benson admite que la mayoría de las leyes requiere alguna amenaza de sanción, y en última instancia todos los derechos exclusivos (la propiedad, derecho que hay racionar al centrarse sobre bienes escasos) se basan en la amenaza de emplear la violencia, tanto en el Derecho estatal como en el consuetudinario, bien sea en forma de arresto, multa, bien en forma de exclusión social, y existen «miles de sistemas cooperativos voluntarios que garantizan el cumplimiento de las normas por medio de la amenaza de exclusión como ocurre en los contratos entre diferentes países o entre empresas de un mismo sector empresarial que disponen de sus propios mecanismos de arbitraje (p. 341). Y surge inmediatamente la pregunta esencial ¿Debe otorgarse en exclusiva el poder coactivo? ¿Debe el Estado monopolizar las funciones judiciales? Benson parte de que la mayoría de los agentes del orden son gente de bien, pero el poder discrecional que se les otorga genera tentaciones casi irresistibles para utilizarlo en beneficio propio o de una causa política, y hay muchas razones para evitar un monopolio público favoreciendo la competencia en el sector privado.

Conexo con este tema está la posibilidad de un único ordenamiento jurídico, y aunque en algunos sistemas jurídicos pueden darse economías de escala significativas es probable que en un régimen privado surgieran varios sistemas especializados. De hecho así ha ocurrido en la Edad Media coexistiendo diversos sistemas de justicia privada: Derecho canónico que tenía conexiones más directas con los acontecimientos políticos y recibía más influencias de éstos que de las tendencias económicas y sociales (se olvida del romano del que los demás tomaron sus ideas básicas dada su perfección), mercantil, de las villas, feudal, real (sólo este último estaba verdaderamente centralizado); de hecho en USA coexisten los sistemas federal, estatal y local. Puede objetarse que este régimen es de carácter jerárquico con la ley federal en su cúspide que prevalece sobre la costumbre y los sistemas estatales, que en definitiva señala la tendencia del Estado hacia la monopolización, lo que refuta Benson (p. 345) considerando que un sistema jurídico privado genera zonas de mercado eficientes para las distintas ramas del Derecho; la misma existencia de economías de standard viene a justificar la producción privada de Derecho a fin de romper las artificiales e ineficientes restricciones políticas, viendo deseable un régimen jurídico diversificado que consista en varias jurisdicciones y sistemas jurídicos

¹²⁰ Fuller, p. 246.

especializados, pero en competencia, y como señala Berman¹²¹ la misma complejidad de un ordenamiento que contiene varios sistemas legales contribuye al refinamiento del Derecho.

Para Benson los argumentos contra la privatización de la justicia no proceden solamente de la exaltación de las ventajas del monopolio público, sino generalmente de críticas contra los procesos de mercado que o no entienden el funcionamiento de mercados competitivos, o se niegan a creer que funcionen tal y como lo hacen, viendo abusos que no pueden producirse en un mercado competitivo. Estos críticos estiman que el interés particular provoca insuficiencia de inversiones, servicios de baja calidad y abusos de poder, críticas que niega Benson (p. 346-353), además de que las empresas privadas no tienen las prerrogativas de la Administración pública entre las que se encuentra la facultad de no responder por errores o abusos. Tampoco admite la crítica de que el mercado favorece a los ricos que pueden salirse del sistema público dejando a los pobres la mediación privada; esta crítica es más dirigible a los tribunales públicos con sus articuladas demoras por cuestiones procesales que sólo pueden pagar los económicamente poderosos; precisamente esto es lo que impulsa cada día a más ciudadanos a recurrir a alternativas privadas para resolver sus disputas, porque el sistema judicial privado es más eficiente, relativamente económico y fácilmente accesible (p. 356). A la objeción que muchos pobres no pagan impuestos y que sean cuales sean los servicios que obtengan de la Administración, siempre serán superiores a los que obtendrían en un sistema privado, replica Benson alegando que los alquileres que pagan incluyen la capitalización de los impuestos que paga el casero, y los precios de los artículos que compran incluyen los impuestos que pagan los fabricantes, por lo que no es válido este argumento.

En un Apéndice al cap. XI Benson trata de «violencia y justicia en el Oeste americano» del s. XIX, citado con frecuencia como ejemplo de sociedad sin ley dominada por la violencia en que los más despiadados se imponían por la fuerza. Esto para Benson es simplemente un mito. La ausencia de gobierno efectivo y de legisladores no hizo que fueran habituales confrontaciones violentas; no se producían robos ni allanamientos de moradas o comercios (excepto bancos), no se echaba el cerrojo a las puertas y reinaba la hospitalidad, lo que indica que los ciudadanos no tenían apenas temor a sufrir agresiones violentas; había peleas a revólver, pero normalmente se trataba de lo que la ciudadanía consideraba peleas justas (p. 361). El mito que en el Oeste reinaban el

¹²¹ H. J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass. 1983, p. 10.

desorden y la violencia se basa en dos prejuicios que no han sido probados: 1) Dar por sentado que como no había provisión gubernamental de orden público tuvo que ser un lugar de desorden y violencia; 2) Presuponer que los hechos e individuos violentos representan las características generales del Oeste. Ambos prejuicios son refutados por Benson admitiendo que un habitante del Oeste probablemente gozaba de mayor seguridad para su persona y propiedades que sus contemporáneos de las ciudades del Este, y dando cuenta de la existencia de una justicia vigilante en respuesta al fracaso de la Administración, porque cuando se empiezan a establecer gobiernos locales que venían a sustituir al sector privado en la producción de leyes y se instituyó una policía pública (los sheriffs), el mantenimiento del orden era a veces tan ineficaz y corrupto que eran los particulares quienes tenía que reinstaurarlo (p. 363), y ante las ineficiencias de los tribunales públicos se impuso el linchamiento popular, expresión de máxima desconfianza ante la justicia pública, porque el acatamiento hacia un sistema jurídico se interrumpe cuando no se observa reciprocidad (p. 364); de ahí la instauración de Comités voluntarios de vigilancia para la prevención de la ley y el orden, de lo que ofrece ejemplos concretos en California. De estas consideraciones extrae Benson que las leyes del gobierno no están por encima de todo, y existen ciertas restricciones sobre el poder o la autoridad, que o se otorga como parte de un convenio mutuamente beneficioso donde está limitada implícita o explícitamente, o se arranca por medio de la coacción o la fuerza (p. 371), porque como dice Fuller¹²² hasta la legislación de un dictador normalmente conlleva ciertas concesiones a las demandas que de forma tácita expresan los murmullos de descontento.

En la parte 5^a Benson trata del Derecho autoritario al Derecho privado, en los caps. XII «barreras políticas a la privatización» y XIII «imaginando un sistema privado», partiendo de que no es válido justificar la intervención del Estado en los ámbitos relacionados con la ley y el orden alegando fallos en el mercado, especialmente cuando se observa el alto índice de fracaso del Estado en estas áreas; por el contrario mucho hay que ganar con la privatización (p. 379), porque aunque el sistema jurídico resultante no fuera perfecto, sería considerablemente más eficaz, competente y ecuánime que el sistema público. También reconoce Benson que los argumentos teóricos a favor de la privatización, e incluso los éxitos del sector privado, no sirven para avanzar en la reducción de la intervención estatal en la justicia, en primer lugar por la oposición de fuertes barreras políticas .

¹²² Fuller, p. 172.

La privatización de la ley y el orden comprende dos procesos independientes: 1) Incremento de los recursos de titularidad y gestión privadas dedicados a la protección de personas y propiedad, incluida la asignación y clarificación de derechos de propiedad mediante normas y sentencias judiciales; 2) Disminución de los recursos de titularidad pública destinados a estos fines. Según Benson puede haber resistencia a ambos procesos, pero el ingenio del sector privado para encontrar medios de bordear los obstáculos legales puede dar pasos significativos para el incremento de los recursos privados empleados en la justicia y en el mantenimiento del orden, y la producción privada para protección de las personas, la propiedad y la resolución de las disputas continuará creciendo, como asimismo la producción privada de normas a través de los procesos privados, pero es probable que la reducción del tamaño del sector público encuentre una fuerte resistencia por las mismas fuerzas que habían propiciado su rápido crecimiento; además porque gran parte de los costes derivados de la expansión del Estado recaen sobre particulares no organizados y sin influencia política.

Los grupos con mayores intereses en la provisión pública de orden y justicia serán los que ofrezcan mayor resistencia al desmantelamiento del Estado (p. 380); en primer lugar los empleados públicos agrupados en poderosos sindicatos: de policía, prisiones, funcionarios administrativos, que han obtenido mayores derechos laborales y cuya organización les ha permitido acumular grandes sumas empleadas para presionar a favor de sus demandas, considerando acción antisindical recurrir a los contratos privados¹²³, sin dejar de la lado la amenaza de emplear la huelga. Pero no sólo los sindicatos de funcionarios; también los jefes de los departamentos que disfrutaban del dinero, poder y prestigio asociado a su posición se resistirán a perder todo eso. Lo mismo puede decirse de los que se benefician de las ineficiencias de la justicia pública a los que la demora de los juicios les permite utilizar provechosamente lo que tendrían que pagar con la sentencia; puesto que a través de la litigación cambian de mano miles de millones de dólares sólo los intereses acumulados de ese dinero en varios años es enorme. La demora que genera el sistema de racionamiento de los tribunales al no estar basado en el precio también beneficia a los abogados, y proponer el pago por el uso de los tribunales como exigiría la privatización encuentra su resistencia tenaz y organizada (p. 388). También hay otros intereses particulares opuestos a la privatización; es significativo el caso del Estado de Montana donde la producción y distribución de

¹²³ Fitch, p. 107.

muebles de madera fabricados por los reclusos enfureció a los empresarios del mueble objetando que era un atentado contra la libertad de empresa, y asimismo son notables las barreras políticas a la privatización debidas a la presiones políticas ejercidas por intereses particulares o por intereses públicos mal entendidos.

¿Hay razones para esperar que surjan grupos políticamente activos para que se adopten cambios que acaben conduciendo hacia la privatización? Benson (p. 391) no excluye esta posibilidad; la mejor forma de convencer a la gente de algo es mostrarle que ese algo funciona, y si las empresas privadas de seguridad y resolución de conflictos continúan creciendo y ofreciendo mejores servicios que los públicos, habrá un mayor número de ciudadanos que reconozcan los beneficios de la privatización. Además los particulares frecuentemente derogan las leyes que consideran injustas o inapropiadas; el ejemplo mas evidente es la economía sumergida consecuencia del deseo de eludir las leyes fiscales, y muchos han visto en el arbitraje una mejor solución que los tribunales públicos.

¿Es posible imaginar un mundo donde esté privatizada la producción de la ley, el mantenimiento del orden, la resolución de los conflictos? ¿Pueden ser privatizados todos los servicios públicos?¹²⁴ ¿No será éste un problema de ciencia-ficción? ¿Cómo surgen y consiguen ser respetadas las leyes sin un gobierno estatal centralizado? O desde otro punto de vista admitido un alto grado de privatización ¿es el Estado un mal innecesario? ¿es posible una sociedad sin Estado?¹²⁵ Todos estos temas están a la base del interesantísimo trabajo de Benson, y él mismo plantea el incremento de la privatización como un *desideratum* teniendo siempre el coraje de exponer las críticas a la misma. Yo que ya he ido apuntando relieves críticos a Benson tendría que entrar ahora en debate sobre sus concepciones del Derecho y de la ley positiva, pero esta discusión requiere un discurso mucho mas largo, quizá resultaría inoportuna en una revista dirigida a procesos

¹²⁴ Uno esencial como es la defensa nacional, Gabriel Calzada en su espléndida tesis doctoral presentada en el año 2004 en la Universidad Rey Juan Carlos con el título *Análisis económico e institucional de la teoría de la defensa privada a través de compañías de seguros* dirigida por el Prof. Huerta de Soto, cuyo tribunal juzgador tuve el honor de presidir, llegaba a la conclusión que no es posible encomendar a compañías de seguro privadas la defensa nacional (aunque la defensa nacional, tal y como se le entiende hoy, no tendría sentido en una sociedad ~~xxxxx~~ capitalista).

¹²⁵ Esta pregunta es lógica si se llegara a una total privatización, y de hecho ha sido formulada por Rothbard, *Power and Market: Government and the Economy*, Kansas City, 1970, desarrollando ideas formuladas en las primeras décadas del s. XIX por De Molinari.

de mercado, y no quisiera abusar de la benevolencia de su director al acoger en sus páginas esta exposición probablemente demasiado amplia; en todo caso el lector inteligente sabrá captar la profundidad del pensamiento de Benson que resumiré diciendo que ante las ineficiencias de servicios públicos esenciales como el orden y la justicia, es perfectamente factible una mayor o menor privatización de los mismos, o si lo enfocamos por el tema de la financiación decir que siempre es mas eficiente la financiación privada que la pública dada la evidencia de que el Estado es un mal gestor; de hecho ya hay intentos serios de privatización en USA y en otros países. En todo caso los argumentos del menor coste de la financiación privada y su mayor eficiencia respecto a la provisión pública son temas que no deben despreciarse.