

¿QUIÉN DIJO QUE EN SALEM HUBO BRUJAS?

La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal

Andrés Bayly Letts*

Enrique Pasquel Rodríguez**

Los tres poderes del Estado representan, según el entendimiento político-social, el requisito esencial de funcionamiento de una nación y, sobre todo, el presupuesto básico de la democracia. Sin embargo, es más que evidente que también los tres poderes generan grandes costos a la sociedad, costos que se manifiestan desde el sueldo de los funcionarios hasta su alimentación y movilidad. Lo que resulta curioso es que en muchas ocasiones los costos para el funcionamiento de la nación y el mantenimiento de la democracia son mucho menores que sus beneficios.

¿Podemos entonces eliminar uno de los poderes del Estado? ¿Podemos trasladar sus funciones a los privados? ¿Cuáles serían las ventajas? ¿Resultaría la administración de justicia más barata y eficiente fuera del ámbito del Estado? Una propuesta como ésta es la desarrollada en el presente trabajo. Después de leerlo ¿usted qué opinaría?

*Alumno de octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Director de THEMIS. Asociado fundador de Realidad – Instituto de Estudios Libertarios.

**Alumno de octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de THEMIS. Asociado fundador de Realidad – Instituto de Estudios Libertarios.

Agradecemos especialmente los valiosos comentarios y sugerencias de Alfredo Bullard, Gonzalo Zegarra, Gerardo Solís y Fernando Berckemeyer.

INTRODUCCIÓN

Salem es una pequeña ciudad situada en el estado de Massachusetts, al noreste de Estados Unidos. En la actualidad es un centro turístico y de servicios profesionales que además tiene industrias dedicadas a la fabricación de artículos de cuero, equipamiento eléctrico y maquinaria. Pero la fama mundial de la que goza esta apacible comunidad de 38 000 habitantes no radica en sus atractivos turísticos ni mucho menos en sus productos de cuero. En el imaginario colectivo, Salem es sinónimo de miedos acallados, de brujas maléficas y de fuegos justicieros. Salem es un cuento de brujas que la necesidad humana convirtió en historia verídica, con muertos y heridos incluidos.

Cuenta la historia que en enero de 1692, Elizabeth Parris y Abigail Williams, niñas de 9 y 11 años, empezaron a mostrar síntomas extraños, tales como gritos blasfemantes, convulsiones repentinas y súbitos estados de trance. En cuestión de pocas semanas, los síntomas se habían extendido a varias otras niñas de Salem y el doctor de la comunidad, William Griggs, incapaz de encontrar una cura, concluyó que los incomprensibles males eran producto de la influencia de Satán en las jóvenes. El resultado fueron los famosos juicios por brujería, que se saldaron con la ejecución de veinte personas entre junio y octubre de ese mismo año. Los habitantes de Salem estaban tan condicionados por las historias de brujas y demonios que no

dudaron en ajusticiar a 20 personas que seguramente nada tenían que ver con los gritos destemplados de las perturbadas jovencitas. Los mitos y leyendas, pues, no siempre terminan en hadas madrinas y dulces sueños. Muchas veces, como en Salem, son tan sólo el inicio de grandes errores, crueldades e injusticias.

Así como el episodio de las brujas de Salem, la historia –y, en esa medida, nuestro propio conocimiento– está salpicada y contaminada por mitos y leyendas, absurdas creencias y afirmaciones inexactas. Muchos no generan mayor problema, porque son inofensivos e intrascendentes, y una vez develados sólo sirven para recordarnos que la ignorancia humana es más que atrevida, casi temeraria. Por ejemplo, los fuegos fatuos, que son unas luces tenues que a veces pueden verse en los pantanos y ciénagas en las noches de calma tras la puesta de sol, por siglos fueron explicados como algo paranormal. Una leyenda popular rusa los describe como el espíritu de niños que han nacido muertos revoloteando entre el cielo y el infierno, en varios países americanos se habla de las «almas en pena» y el folclore inglés los personifica como diablillos o duendes que atraen a sus víctimas hacia el peligro de los pantanos¹. Sin embargo, hoy se sabe con total certeza que las luces mortecinas de color borroso azulado, rojizo, verdoso o amarillento que flotan en el aire sobre los pantanos y ciénagas y que reciben el nombre coloquial de «fuegos fatuos», obedecen a una simple reacción química: la inflamación de los gases pantanosos combustibles, sobre todo el metano, producida por el fosforo de hidrógeno que genera la descomposición de la materia orgánica.

El problema lo traen aquellos otros mitos y absurdas creencias que se vuelven oficiales – como la quema de brujas o la idea de la superioridad de la raza aria– y que tienen consecuencias directas en la realidad, limitando nuestras posibilidades y, por qué no, nuestra propia libertad. Un ejemplo paradigmático y no por eso menos trágico lo constituyen las desastrosas consecuencias que el mito de la economía planificada tuvo en miles de millones de personas durante buena parte del siglo pasado. La caída de los sistemas comunistas en los países de Europa del Este en 1989 y en la URSS en 1991, mostró no sólo que la planificación centralizada de la

¹ Las vinculaciones de los fuegos fatuos con lo paranormal son lo bastante antiguas como para que Shakespeare las empleara en *Enrique IV*, donde Bardolph, a causa de su nariz, es considerado un fuego fatuo errante o un reguero de pólvora.

economía fracasó sonoramente, sino que además es inviable.

Así, pues, derrumbar el mito que los teóricos comunistas y sus totalitarios seguidores habían construido sobre el capitalismo y el libre mercado tuvo costos enormes en términos de vidas humanas y recursos valiosos desperdiciados.

El racionalismo occidental y el desarrollo de la ciencia experimental han actuado como poderosos cazadores de creencias parecidas a la de los fuegos fatuos, es decir, de convicciones populares relacionadas con las ciencias naturales. Sin embargo, el campo de las ciencias humanas sigue siendo tierra fértil para el cultivo y desarrollo de muy diversos mitos. Y sucede que muchos de estos sobreviven más por negligencia nuestra que por las virtudes de sus creadores. Por lo general, somos poco dados a cuestionar las premisas de aquello que nos rodea. Es más fácil así. Y cuando alguien lo hace, estamos tan condicionados y aturcidos por nuestra pasividad que automáticamente pensamos «no, no puede ser», sin siquiera haber analizado el nuevo planteamiento.

Pues bien, tal es el caso de la extendida creencia que atribuye al Estado la obligación de, por un lado, producir una serie de bienes y servicios, y, por otro, hacerlos de acceso abierto a los individuos. Entre estos, quizás uno de los más emblemáticos sea el servicio de justicia, un bien cuya existencia es condición *sine qua non* para cualquier sociedad con pretensiones de civilización moderna y cuya provisión ha sido tradicionalmente encargada al Estado. Tomando como premisas algunos datos inobjetables y desarrollando sus fundamentos, este trabajo cuestiona el antiguo mito de la justicia pública, que ha llevado a que el servicio de justicia sea producido por el Estado y ofrecido a los individuos de manera parcial o totalmente gratuita. Así, proponemos un esquema de mercado y competencia en el que la producción de dicho bien se encuentre, en gran medida, en manos privadas².

Por eso, cuando líneas después usted lea algo parecido a «justicia privada» no se escarapele, mantenga la calma y continúe con la lectura de este artículo. Después de todo, recuerde que ni vivimos en Salem, ni somos brujas ni tampoco queremos morir en la hoguera.

PRIMERA PARTE: BIENES PRIVADOS Y BIENES PÚBLICOS

En el presente trabajo demostraremos dos ideas: i) que el servicio de justicia, en su mayor parte, no debe ser provisto por el Estado, sino por agentes privados; y ii) que sobre dicho servicio no debe ser asignado un derecho de propiedad pública.

Para ello, en esta primera parte explicaremos cómo en la sociedad existen dos modelos de bienes, los públicos y los privados. Luego analizaremos cómo las preguntas «¿quién debe producir los bienes?» y «¿deben estos ser de propiedad privada o de propiedad pública?» tienen respuestas distintas dependiendo del tipo de bien del que se trate, verificándose que los bienes privados deben ser producidos por los particulares y sometidos a derechos de propiedad privada, mientras que los bienes públicos deben ser producidos por el Estado y sometidos a un esquema de propiedad pública.

I. ¿QUÉ SON?

En el mundo podemos encontrar dos tipos distintos de bienes, los denominados «bienes privados» y los llamados «bienes públicos». Los bienes privados se caracterizan por tener consumo rival y bajos costos de exclusión. La rivalidad en el consumo consiste en que la utilización del bien por un individuo impide su uso por parte de otro. Una motocicleta, por ejemplo, tiene consumo rival, por la sencilla razón de que dos individuos no pueden utilizarla al mismo tiempo. Por su parte, la existencia de bajos costos de exclusión implica que los costos en los que tendrá que incurrir el propietario para excluir a los no propietarios del uso del bien no son significativos, en comparación con los beneficios que obtendrá con ello.

Por otro lado, los bienes públicos se caracterizan por no presentar consumo rival y por tener altos costos de exclusión. Cuando no existe consumo rival, el bien puede ser utilizado por individuos adicionales sin que esto implique incurrir en mayores costos sociales. Por ejemplo, para un grupo de bañistas, las costas del Océano Pacífico se acercarían bastante a la idea de un bien público, en la medida que añadir un bañista adicional no excluiría del uso a los demás bañistas y tampoco supondría un costo social

² Para conocer una posición radical en contra de los numerosos mitos sobre las supuestas bondades de la intervención estatal, ver: FRIEDMAN, David. «The machinery of freedom. Guide to a radical capitalism». La Salle, Open Court, 1989.

adicional. Asimismo, la existencia de altos costos de exclusión implica que el costo de excluir a los no propietarios del uso del bien es más alto que los beneficios que supone la exclusión. Volviendo al ejemplo del Océano, sería enormemente costoso cercar todas las playas del litoral para restringir el acceso a ellas, sin que exista un beneficio aparente que se desprenda de tal medida.

Hay que tener en cuenta que los bienes privados y los bienes públicos son, en la mayoría de casos, solamente modelos. En la práctica, son muy pocos los bienes que se ajustan de manera exacta a las características de los modelos teóricos y, más bien, lo que sucede es que tienen una mayor similitud con un tipo que con otro. Un campo de golf, por ejemplo, tiene consumo rival y bajos costos de exclusión. Sin embargo, en caso esté construido frente a un edificio, genera en sus habitantes un gran beneficio por la agradable vista que les proporciona. Los costos de excluirlos de dicho beneficio son sumamente altos pues, probablemente, sería necesario construir una cúpula sobre todo el campo de golf. Ello, no obstante, no lo convierte en un bien público, pues la gran mayoría de los beneficios que produce tienen las características de un bien privado. Esto sucede con la mayoría de bienes, pues usualmente no son ni totalmente privados, ni completamente públicos, sino que se acercan más a un modelo que a otro.

Otro aspecto importante de la teoría de los bienes públicos y privados en la que normalmente no se incide es que la calificación de un bien como público o privado depende no tanto de la naturaleza del mismo bien, sino de su escasez relativa y de las condiciones en las que se encuentra. El oxígeno, por ejemplo, suele ser considerado como un caso clásico de bien público, ya que todos podemos respirarlo sin excluir a los demás de su aprovechamiento y sin hacer que nadie incurra en un costo adicional. Asimismo, excluir a la mayoría de individuos de su aprovechamiento sería sumamente costoso y no importaría beneficio social alguno. Sin embargo, todo ello dejaría de ser cierto si se tratase de un balón de oxígeno que utiliza un equipo de buzos bajo el agua. En dicho escenario, cada bocanada de aire que tomase un buzo excluiría a los otros de su aprovechamiento. Por otro lado, cuando se trata de una cantidad de oxígeno tan reducida, la exclusión de los demás individuos sería poco costosa y sencilla en la medida que puede ser puesto en un tanque. Así, cambiando las circunstancias, el oxígeno dejaría de ser un bien

público y pasaría a convertirse en un bien privado.

Por tanto, habrá que analizar en qué contexto se efectúa la explotación de un bien para determinar si se aproxima más al modelo teórico de un bien público o al de un bien privado.

II. ¿QUIÉN DEBE PRODUCIRLOS?

Como ya adelantamos, la respuesta a la pregunta que encabeza el título de esta parte variará dependiendo del tipo de bien. Si preguntamos quién debe producir los bienes privados, veremos que la respuesta necesariamente será los particulares. Sin embargo, cuando nos preguntemos por los bienes públicos, la respuesta será distinta, pues la intervención estatal será posible si es que no hay indicios de que el mercado pueda resolver en alguna medida los problemas de su provisión.

1. Bienes privados: ¿qué pasa si los produce el Estado?

Se suele creer que las tragedias económicas vinculadas a la intervención del Estado en la provisión de bienes privados tienen su origen en los gobiernos despóticos que implementaron dichas políticas. Se cree erróneamente que los fallidos modelos económicos en los que el Estado jugaba un rol activo y central en el sistema productivo, pueden funcionar dentro de un sólido sistema democrático. Ello no es más que un mito, pues aun dentro de un sistema de este tipo la actuación estatal se caracteriza por generar una serie de costos e incentivos perversos que no podemos soslayar y que desarrollaremos a continuación.

1.1. Problemas con la demanda

El primer problema al que se enfrenta el Estado al proveer bienes privados es que no cuenta con la información necesaria para determinar qué bienes necesitan los individuos y en qué medida.

Usualmente, la producción de bienes y servicios mediante el Estado se lleva a cabo en función de decisiones políticas. Normalmente, un funcionario público decide de manera centralizada qué bienes producir y en qué cantidad. Al no existir un mecanismo certero que transmita a los funcionarios estatales información sobre cuáles son las preferencias individuales de los consumidores, aquellos serán incapaces de determinar cuál es el nivel adecuado de producción de un

bien. Así, cuando el Estado forma parte de la cadena productiva, suele ocurrir que abunden bienes que nadie quiere y que los bienes que muchos desean son escasos.

El único mecanismo para que los consumidores expresen sus preferencias en el sistema democrático es el voto. Sin embargo, cuando se trata de las preferencias de consumo, este sistema adolece de una serie de deficiencias. En primer lugar, no se logra conocer la exacta valoración que los individuos asignan a distintos bienes. Por ejemplo, si dos individuos valoran de distinta manera un mismo bien, sería deseable que lo obtenga quien más lo valora. Sin embargo, este resultado no es posible en el sistema democrático, ya que todos los votos valen igual.

Por otro lado, los votantes tienen relativamente pocos incentivos para expresar sus preferencias en las urnas e informarse sobre las distintas propuestas políticas presentadas, dado que saben que su voto tiene pocas posibilidades de influir en el resultado del proceso electoral³.

Asimismo, mientras que en el mercado las preferencias de los consumidores se transmiten a los productores de manera personal en cada transacción que se celebra, los votantes solamente transmiten sus preferencias a los gobernantes en época de elecciones (aproximadamente cada cinco años). Y ocurre que la información que transmiten no es sobre cada bien que desean en particular, sino sobre todo un paquete de bienes en general (un programa político), con lo que la información transmitida es más inexacta aún. De esta forma, el primer problema que encontramos es que el Estado no tiene un mecanismo adecuado para conocer cuáles son las preferencias de los individuos –es decir, es incapaz de medir la demanda de los bienes– y, por tanto, para determinar qué bienes es necesario producir y en qué magnitud⁴.

1.2. Problemas con los funcionarios públicos

El segundo problema central que supone la provisión estatal de bienes privados tiene que ver con los incentivos que tienen los individuos que toman o ejecutan las decisiones estatales. Ellos no asumen por completo las consecuencias positivas y negativas de dichas decisiones, ni ganan ni pierden con ellas, por lo que no suelen tener incentivos para tomarlas correctamente o ejecutarlas con diligencia.

Todos estamos de acuerdo en que el sujeto que maneja su empresa se preocupa por maximizar su utilidad individual. No existe razón alguna para creer que el día de mañana, cuando sea elegido congresista, perseguirá un fin distinto, como el bien común (concepto que, dicho sea de paso, no puede conocer con exactitud, a menos que sea omnisciente). No es nada más que el mismo individuo en dos roles distintos, pero con las mismas motivaciones y sujeto a la misma escala de valores⁵.

Por ello, es un error suponer que los políticos electos se dedicarán a brindar los bienes y servicios que la sociedad demande. Lo único que ellos persiguen es maximizar su propio beneficio. Ello se traducirá en ganar dinero gracias al cargo, vender favores políticos a grupos de interés, buscar poder, estatus y prestigio, o, en el extraño caso de algunos políticos altruistas (cuyo propio beneficio depende del beneficio de su prójimo⁶), perseguir una serie de objetivos que ellos suponen (la mayoría de veces desinformadamente) beneficiosos para la sociedad⁷.

Más allá de cuál de estas metas maximice el bienestar de cada político en particular, un requisito para poder alcanzarlas es permanecer en el cargo. Por ello, podemos afirmar que, en general, lo que los políticos buscan es ganar elecciones⁸.

³ Esta situación probablemente se agrave en un sistema con voto obligatorio y no facultativo, pues los votantes que participan del proceso electoral no serán únicamente los que se encuentran realmente interesados en él y que, por tanto, tuvieron mayores incentivos para informarse, sino también los que no tienen mayor interés y que no tuvieron incentivos para informarse correctamente sobre los programas políticos entre los que deberán escoger.

⁴ Adicionalmente, el hecho que la provisión de bienes privados se financie mediante la recaudación tributaria también supone una serie de problemas. El primero es que la imposición de un impuesto genera un desincentivo para el trabajo de los individuos. El segundo problema es que supone incurrir en el enorme costo de crear una burocracia estatal encargada de recaudarlos y administrarlos, así como de un órgano de contraloría que los supervise. Por último, hay que tener en cuenta que, en la mayoría de casos, el Estado nunca estará en capacidad de recaudar todo lo que necesitarán las empresas estatales para llevar a cabo importantes proyectos de inversión.

⁵ BUCHANAN, James y Gordon TULLOCK. «El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional». Madrid, Espasa Calpe, 1980. p. 45.

⁶ Es decir, un caso de funciones de utilidad interdependientes.

⁷ Ver: GUNNING, Patrick. «Understanding democracy. An introduction to public choice», 2001.

⁸ Ver: RAMSEYER, Mark. «Decisiones públicas». En: POSNER, Eric (compilador). «El análisis económico del derecho y la escuela de Chicago». Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2002. p. 162.

Así, nos encontraremos con que los políticos elegidos por una determinada localidad buscarán que el Estado produzca bienes y servicios que la beneficien, aun cuando perjudiquen al resto de localidades, pues de esta manera lograrán permanecer en el cargo.

Además, dentro de esta lógica, los políticos suelen llevar a cabo negociaciones entre ellos que les permitan conseguir la aprobación de leyes que beneficiarán a sus electores, pero que no siempre serán socialmente beneficiosas. Por ejemplo, el político A puede desear la aprobación de una disposición que los políticos B, C y D consideran inconveniente. Sin embargo, estos últimos podrían aprobarla si el día de mañana A les devuelve el favor⁹.

Por otra parte, los políticos suelen ser presa fácil de grupos de interés, en la medida en que pueden vender bienes y servicios que los beneficien, a cambio de dinero que vaya a parar directamente a sus bolsillos o a financiar sus campañas electorales¹⁰. Los recursos destinados a esta actividad, además, son una pérdida social, porque no se destinan a la producción de riqueza o satisfacción de necesidades de otros individuos, sino a desviar recursos de los contribuyentes hacia manos privadas.

Se puede decir que entre los electores y los políticos existe una relación de principal-agente¹¹. En un modelo principal-agente, el principal se beneficia o perjudica dependiendo del nivel de cuidado con el que el agente lleva a cabo alguna conducta. Los costos en los que hay que incurrir para

monitorear la conducta del agente son denominados costos de agencia.

En este caso particular, los políticos son agentes de los electores en la medida en que éstos se benefician o perjudican con la gestión de los primeros. No solamente es sumamente complicado que un agente sirva de manera eficiente a millones de principales con distintos deseos y preferencias, sino que los costos de agencia en los que tienen que incurrir tales principales son enormes en relación con el beneficio individual que pueden obtener de la actividad del agente¹². Por ello, la eficiencia de su gestión normalmente se confía a costosos y rara vez eficaces mecanismos de contraloría¹³. Desgraciadamente ello no supone más que trasladar el problema de un lado a otro, pues también resultan ser agentes de los electores, relación que implica sus propios costos de agencia.

Asimismo, los funcionarios públicos que deben ejecutar las decisiones de los políticos también son agentes de los electores. Sin embargo, dado que quienes internalizan los costos y beneficios de las acciones de los funcionarios públicos serán únicamente los contribuyentes, pues los burócratas recibirán su salario independientemente de si realizan un buen o mal trabajo, los funcionarios no tienen incentivos para llevar a cabo su labor de manera adecuada. Ello, como es evidente, incrementa los enormes costos de agencia¹⁴.

Por último, no hay que olvidar que, mientras que en el mercado la competencia obliga a los productores a brindar un servicio cada vez más eficiente a los consumidores (pues

⁹ RAMSEYER, Mark. Op. cit. pp. 168-169.

¹⁰ Ibid. pp. 166-167. Realmente todos tenemos incentivos para presionar a los legisladores para conseguir intereses privados. Existen dos formas políticas de ganar dinero. La primera de ellas es trabajar para que se derogue una enorme cantidad de leyes perjudiciales socialmente y que responden a intereses privados, cada una de las cuales le cuesta a cada individuo entre unos centavos a unos cientos de dólares anuales. La segunda forma es trabajar para conseguir una ley ajustada a nuestros intereses, que le costará al resto unos cuantos dólares. Lo más común es escoger la segunda forma, pues es mucho más fácil conseguir una nueva ley que derogar un ciento. Ver: FRIEDMAN, David. «The machinery of Freedom», p. 157.

¹¹ POSNER, Eric. «Modelos de agencia en el análisis económico del derecho». En: POSNER, Eric (compilador). Op. cit. p. 309.

¹² Esa es la razón por la cual usted, probablemente, no pierde el tiempo fiscalizando la gestión del presidente Toledo, de los 120 congresistas, de los presidentes regionales o de los alcaldes electos.

¹³ Como es el caso de la Contraloría General de la República.

¹⁴ Hay que tener en cuenta que, asimismo, este sistema implica el surgimiento de nuevas relaciones principal-agente, que implican costos de agencia propios. Por ejemplo, el presidente o los congresistas invertirán recursos en monitorear que los funcionarios estatales que se encargan directamente de la provisión de bienes y servicios lleven a cabo conductas que maximicen su bienestar individual y no el de los ciudadanos. Lo peor del asunto es que, normalmente, el dinero utilizado para cubrir tales costos de agencia provendrá de los tributos pagados por los contribuyentes. Para un análisis más profundo de los problemas de las relaciones principal-agente dentro del aparato estatal, ver: POSNER, Eric. «Coloquio de análisis costo beneficio: análisis del costo-beneficio como una solución al problema principal-agente». En: THEMIS-Revista de Derecho, No. 44, 2002. pp. 117-122.

su ganancia depende de ello), cuando una agencia estatal provee un bien normalmente detenta el monopolio de su producción, por lo que los enormes beneficios de la competencia no se presentan¹⁵.

1.3. Cómo la teoría se plasma en la práctica

En la historia peruana reciente, las pruebas de la ineficiencia del Estado como productor y asignador de recursos son contundentes: desde 1968, año en el que el gobierno de Velasco Alvarado impulsó la desmedida actividad empresarial del Estado, a la fecha, las empresas estatales no financieras han acumulado pérdidas superiores a los US\$ 7,000 millones, las cuales –a valor presente y a una tasa de interés internacional como es la Libor– resultan siendo de casi US\$ 29,000 millones, monto superior en 50% al total de la deuda pública externa.

Asimismo, tan sólo en el año 2002 las 38 empresas públicas del Estado peruano arrojaron un resultado contable negativo por S/. 758 millones. Esta suma es escandalosa si tenemos en cuenta que equivale a 10 veces el presupuesto del Ministerio de la Mujer, 11 veces el del Ministerio de Comercio Exterior, 2 veces el presupuesto de inversión de los 25 gobiernos regionales juntos y S/. 221 millones más que la suma de los presupuestos de los ministerios de Energía y Minas, Trabajo y de la Producción¹⁶.

En vista de ello, queda claro que encargar al Estado la producción de bienes privados implica una serie de problemas y costos enormes, que determinan que, tratándose de bienes privados, ésta no sea una buena opción.

2. Bienes privados: ¿qué pasa si los producen los particulares?

Cuando el mercado produce bienes privados, no se encuentra con los problemas que afronta el Estado al encargársele dicha

actividad. Como explicaremos, el sistema de precios permite que los productores cuenten con la información necesaria para determinar qué bienes es necesario producir y en qué cantidad es eficiente hacerlo. Asimismo, veremos cómo los particulares sí tienen los incentivos correctos para brindarles a los consumidores un servicio adecuado, dado que internalizan en gran medida los costos y beneficios de su actividad.

2.1. Las ventajas del sistema de precios

El sistema de precios es, fundamentalmente, un mecanismo que permite trasladar información acerca de las preferencias subjetivas de los individuos, creando con ello incentivos en los productores para que produzcan los bienes que la sociedad demanda.

Dijimos que cuando el Estado se encarga de la producción de bienes privados, al no existir un mecanismo certero que transmita a los funcionarios estatales información sobre cuáles son las preferencias individuales de los consumidores, estos serán incapaces de determinar cuál es el nivel adecuado de producción de un bien. Así, sucede que abundan bienes que nadie quiere y que los bienes que muchos desean son escasos. En cambio, cuando esta actividad se deja al mercado, el sistema de precios comunica a los productores que los consumidores demandan un determinado bien en una determinada cantidad. Asimismo, una vez que los productores de bienes y servicios conocen esta información, tienen incentivos para producir en la medida eficiente, pues saben que podrán ganar con su venta.

Imaginemos que se produce un aumento de la demanda de lápices debido a que el número de alumnos en las escuelas se ha visto incrementado¹⁷. Los distribuidores verán que una mayor cantidad de consumidores se encuentra dispuesta a pagar el precio que cobran por ellos, por lo que encargarán más

¹⁵ De hecho, es sorprendente ver cómo mucha gente se escandaliza con motivo de la existencia de monopolios privados, pero no se hace mayor problema con la existencia de múltiples monopolios públicos en nuestro país.

¹⁶ Fuentes: Banco Central de Reserva del Perú, Ministerio de Economía y Finanzas, Ciudadanos al Día. Tomado de la edición del día viernes 25 de abril de 2003 del diario El Comercio. En dicha edición también se hace referencia a informes del Osiptel, Ministerio de Energía y Minas, Aguas Andinas, Sedapal y Global Competitiveness Report que nos brindan los siguientes datos: antes de la privatización de la empresa telefónica del Estado, el tiempo de espera para la instalación y funcionamiento de una línea telefónica era de 990 días, mientras que en la actualidad es de sólo 8 días y a mucho menor costo para el usuario. En la ciudad de Lima, donde la totalidad de la distribución eléctrica es privada, el coeficiente de electrificación es de prácticamente 100%, pero en el resto del país, donde la distribución eléctrica continúa en manos estatales, este porcentaje es escasamente del 61%. En la ciudad de Santiago de Chile, donde la empresa de agua potable es privada, la cobertura de este servicio asciende al 100%, mientras que en la ciudad de Lima, donde la empresa de agua potable es pública, la cobertura asciende únicamente al 87%, lo que obliga a que más de un millón de los más pobres tengan que pagar 10 veces más por el agua de camiones cisterna.

¹⁷ El ejemplo es tomado de FRIEDMAN, Milton y Rose FRIEDMAN. «Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico». Barcelona, Ediciones Grijalbo, 1980. pp. 32-33.

a los productores. Estos, cuando vean que los distribuidores acceden a pagar el precio que ellos cobran por una mayor cantidad de lápices, pedirán más madera, latón, grafito y demás insumos necesarios para fabricarlos. Para conseguir más de estos insumos, los proveedores de materia prima a los que se les ha ofrecido comprarles una mayor cantidad de su producto, tendrán que ampliar sus planillas para poder satisfacer el aumento de la demanda. Por ello, tendrán que ofrecer un precio por el que una serie de trabajadores se encuentre dispuesta a ofrecer su trabajo. Así, los precios transmiten la información de que hay una demanda de lápices y de una serie de insumos que necesita ser satisfecha, lo que permite a los diversos productores saber qué bien y en qué cantidad debe producirse¹⁸. Cuando el Estado dirige la producción de lápices de manera centralizada no utiliza el sistema de precios, sino que deja a un funcionario público que tome la decisión de cuántos lápices deberán ser producidos. Este no tiene una manera de informarse rápidamente acerca del aumento en la demanda, por lo que no tendrá cómo satisfacerla.

El mercado, en cambio, transmite esta información de manera rápida y descentralizada mediante el sistema de precios, lo que hace que la demanda de un producto pueda ser satisfecha más eficientemente¹⁹.

2.2. Los incentivos adecuados para producir

Tanto los proveedores que encontramos en el mercado, como los funcionarios estatales dedicados a la producción de distintos bienes, se encuentran en una relación principal-agente con los individuos que demandan sus

servicios. En el mercado, a diferencia del Estado, los costos de agencia son relativamente bajos y los intereses de ambos sujetos suelen encontrarse alineados, en la medida que el productor tiene incentivos para satisfacer al consumidor, pues internalizará los beneficios de tal conducta. En la eficacia de esta relación juega un papel central la competencia entre productores, pues la posibilidad de que los consumidores compren los productos de la empresa competidora es lo que hace que los productores se esfuercen por brindar cada vez un mejor servicio.

El maderero que mediante el sistema de precios recibe la señal de que el mercado solicita más madera tiene incentivos para producirla, pues sabe que existe un grupo de individuos que se encuentra dispuesto a pagar por ella. Asimismo, los fabricantes de lápices se ven forzados a producir un producto de la calidad exigida por los distribuidores, pues de lo contrario, estos le comprarán a su competencia. Al final de la cadena, sucederá lo mismo entre los distribuidores de lápices y los consumidores finales. Por tanto, podemos concluir que los privados cuentan con mayor información y con mejores incentivos que el Estado para producir los bienes privados que la sociedad demanda. Así, cuando se trate de bienes privados, si tenemos que escoger entre el mercado y el Estado, ésta última no es la mejor opción²⁰.

3. Bienes públicos: ¿qué sucede si son producidos por los particulares?

A diferencia de lo que sucede con los bienes privados, el mercado tiene una serie de problemas para producir los denominados bienes públicos. Ello hace que, en este caso, la intervención estatal en la producción de bienes sea una opción.

¹⁸ De la misma forma, el sistema de precios brinda información acerca del mejor modo de producir un producto. Supongamos que el precio del roble sube más que el de la caoba. En dicho escenario, los precios le indican al productor de lápices que será más conveniente producir dichos bienes con el segundo tipo de madera.

¹⁹ No obstante, la utilización del sistema de precios implica una serie de costos, como encontrar a la contra parte, los costos de negociación o los costos de ejecución del contrato. Es por esta razón que en el mercado surgen las empresas o «firmas». Una firma es un elaborado contrato (o serie de contratos) que, en parte, consiste en que los empleados hagan lo que los empleadores señalan. Así, dentro de la firma, los recursos no se asignan en función del sistema de precios (un trabajador, por ejemplo, no negocia por separado cada labor encargada por el empleador), sino sobre la base de un sistema centralizado, vertical, jerárquico y en el que la cabeza determina cómo se llevará a cabo la producción y la asignación de recursos en la empresa. Ello permite ahorrar todos los costos descritos del sistema de precios. Ver: FRIEDMAN, David. «Hidden order. The economics of every day life». Nueva York, Harper Business, 1997. pp. 112-114. Sin embargo, este tipo de organización implica sus propios costos (los llamados «costos de agencia»), que consisten en supervisar que cada eslabón de la cadena de mando lleve a cabo su trabajo. Uno de los principales aportes de Ronald Coase fue descubrir que las firmas se organizan y crecen como tales hasta que los costos de agencia que implica una nueva transacción son iguales a los costos que implicaría realizarla en el mercado mediante el sistema de precios. Ver: COASE, Ronald. «The firm, the market and the law». Chicago, The University of Chicago Press, 1990. p. 43. De hecho, una de las razones que hace tremendamente ineficiente el sistema productivo de un país que se organiza de manera centralizada desde el Estado, es que enfrenta altísimos costos de agencia, mayores que los costos del sistema de precios.

3.1. Problemas con la oferta y la demanda

Existe un problema central del lado de la oferta de bienes públicos: si no es posible excluir a los no compradores debido a que los costos de exclusión son demasiado elevados, será imposible que el individuo que es propietario del bien cobre un precio por su producción. Por ello, en este caso, el bien no será producido pues no existirán los incentivos para ello. Todos los propietarios de barcos, por ejemplo, se beneficiarían con la existencia de un faro en la costa; sin embargo, dado que el propietario de dicho faro no tiene como excluir a los barcos que no le comprenden su servicio, le será imposible obtener una ganancia de su construcción, por lo que no tendrá incentivo alguno para construirlo. En este caso, la calidad de bien público del faro hace que, aun cuando todos los barqueros se verían beneficiados por el faro, el mercado no produzca dicho bien²¹. Asimismo, existe un problema del lado de la demanda de los bienes públicos. Al existir consumo no-rival, nos enfrentamos a un problema de *free riders*²², por el que todos los individuos esperarán que el resto produzca el bien del que ellos igualmente se verán beneficiados sin incurrir en ningún costo²³. Por esta razón, ningún individuo se mostrará dispuesto a pagar por el bien (no existirá demanda alguna). A su vez, la consecuencia de lo anterior será que no se genere ninguna oferta, con lo que no se producirá el bien²⁴.

Supongamos que en un pueblo se planea construir un sistema de alcantarillado que beneficiará a toda la comunidad. El proyecto es discutido en una asamblea a la que concurren todos los habitantes y en la que se explica la necesidad de que los interesados colaboren en el financiamiento de la obra. Al término de la reunión cada individuo regresa a su casa pensando qué le conviene más, si revelar su preferencia y, por tanto, asumir el costo o si, por el contrario, actuar como un *free rider*, es decir, no revelar su preferencia, no asumir ningún costo e igual beneficiarse con el resultado de la obra. Lo más probable es que los individuos tomen la segunda opción, en vista de que ésta maximiza su beneficio. Cada persona tendrá incentivos para no participar voluntariamente en la construcción del alcantarillado, ya que esperará que el resto de la comunidad decida hacerlo. Este problema encuentra solución cuando se trata de pocos individuos y el problema se presenta de manera repetida, dado que cada uno de ellos sabe que el comportamiento del otro depende en buena parte del suyo propio, lo cual crea incentivos para la cooperación y negociación. Sin embargo, en un escenario como el descrito (en el que existen múltiples individuos), donde todos los sujetos saben que su conducta no afectará mayormente la de los otros (y que sería sumamente costoso negociar con todos los demás), casi no existirá posibilidad alguna de lograr una solución cooperativa que lleve a la solución eficiente, esto es, la producción del bien público. Ello, pues no existen incentivos

²⁰ Esta sencilla idea nunca ha sido cabalmente comprendida por casi todos nuestros gobernantes, quienes una vez instalados en el poder han desarrollado una acentuada vocación empresarial. El tema es que el capital que invierten no es el suyo propio sino el de todos los peruanos, quienes, además, sufrimos la competencia desleal estatal y aguantamos las pérdidas generadas por muchas de estas iniciativas. Ejemplos sobran: los servicios de limpieza y seguridad que EsSalud presta a terceros, el diario que –junto con el boletín de Normas Legales– publica Editora Perú, las embarcaciones pesqueras y plantas de procesamiento pesquero de la Marina de Guerra del Perú, la imprenta del Ejército Peruano, la prestación de servicios médicos por hospitales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y un largo etcétera. Para más ejemplos y mayores detalles sobre el tema, ver: FALLA JARA, Alejandro. «Zapatero a tus zapatos». En: Perú Económico, volumen XXVI, No. 3, marzo 2003.

²¹ Un problema adicional es que, aun cuando un proveedor privado se encuentre en capacidad de excluir de manera relativamente barata a los no compradores del bien, las ganancias que será capaz de obtener probablemente serán menores en relación con el valor que las personas le asignan al bien. Con ello, transacciones que serían eficientes no se llevarán a cabo. Imaginemos que los valores que diez personas le dan a un bien son 1,2,3 y así sucesivamente hasta llegar a 10, con lo que la valoración social es de 55. En este caso, el escenario en el que el proveedor maximiza su beneficio es aquel en el que cobra un precio de 5 por el bien (pues ganará 30). De cobrar dicho precio, aquellos individuos que valoren el bien en un monto menor a 5 no se mostrarán dispuestos a adquirir el bien, aun cuando en conjunto lo valoren en 10 y lo puedan utilizar sin excluir a los demás. SHAVELL, Steven. «Economic Analysis of Property Law». The Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business. Discussion paper No. 399, 2002. p.2. Estamos suponiendo que para el proveedor es imposible identificar la valoración subjetiva de cada persona y cobrarle en función de dicha valoración -es decir, realizar una perfecta discriminación de precios-, situación que no suele presentarse en la práctica.

²² Un *free rider* es aquel individuo que busca beneficiarse de la actividad de otro sujeto esperando que éste último asuma todos los costos de la misma.

²³ Ver: BUCHANAN, James. «The demand and supply of public goods». Liberty Fund, 2001. Capítulo 5. párrafo 5.23. En: www.econlib.org (sin embargo, Buchanan asocia más este problema al dilema del prisionero que a un caso de *free riders*). Ver también: FRIEDMAN, David. «Hidden...». Op. cit. pp. 262-265. Para ver cómo el problema de los bienes públicos se enmarca dentro de una teoría libertaria del Estado, ver: BUCHANAN, James. «The limits of liberty. Between Anarchy and Leviathan». Chicago, The University of Chicago Press, 1975. pp. 35-52.

²⁴ Como podemos ver, lo que sucede en este caso es que no aparece el mecanismo de precios que transmite información a los productores sobre la cantidad demandada.

para negociar, cooperar y lograr dicha solución²⁵.

3.3. Cómo los particulares solucionan algunos de estos problemas

El ingenio de los individuos muchas veces ha logrado superar en buena cuenta los problemas vinculados a la provisión de los bienes públicos. Una forma en la que el mercado puede proveer bienes públicos es por contratos de unanimidad. El proveedor efectúa un contrato que estipula que el bien se proveerá sólo si todos los beneficiados aceptan pagar por él. De esta forma, un individuo no puede esperar a que el resto produzca el bien para beneficiarse de él gratuitamente, pues sabe que sin su participación el bien no se producirá. Así, se elimina el problema del *free rider*²⁶.

Otra posibilidad es encontrar una minoría privilegiada, un grupo que reciba suficiente beneficio como para que sus miembros puedan ser persuadidos de aceptar todo el costo mediante un contrato de unanimidad dentro del mismo grupo²⁷.

Una solución más ingeniosa puede ser lo que hizo Apple, que vendía su computadora Macintosh (un bien privado) y regalaba el *software* MacWrite (un bien público). La disponibilidad del *software* hacía más valiosa a la computadora, y el mayor precio que podía ser cobrado por ella era utilizado para financiar la producción de MacWrite. Otra alternativa habría sido enganchar el programa con un servicio. Por ejemplo, el vendedor podría llevar un registro de compradores del programa original y solamente darle a ellos un servicio de asistencia técnica telefónica o vía internet²⁸. Así, podemos ver cómo existen casos en los que el propio mercado crea mecanismos que le permiten superar en alguna medida el problema de la provisión de bienes públicos. Sin embargo, aún sigue siendo previsible que no los proveerá a un nivel eficiente.

4. Bienes públicos: ¿qué sucede si los produce el Estado?

Para solucionar los problemas que implica dejar al mercado la provisión de bienes públicos, normalmente se señala que lo más

conveniente es encargar su producción al Estado.

En este escenario, los problemas que implican los altos costos de exclusión quedan solucionados por dos motivos: (i) el Estado no necesita cobrar a los usuarios por el aprovechamiento del bien para financiar su provisión, dado que logra su financiamiento mediante el cobro de impuestos; y (ii) a diferencia de un proveedor privado, que necesita cobrar un precio como incentivo para producir el bien, los funcionarios estatales obtienen el incentivo del pago que les asigna el Estado. Al solucionar los problemas generados por los altos costos de exclusión, también se solucionan los problemas relacionados con la oferta de bienes públicos. Habíamos señalado que, al no existir rivalidad en el consumo de bienes públicos, la presencia de *free riders* conducía a un serio problema con la demanda de estos. La intervención estatal también encuentra una solución a este problema, porque no será necesario que los sujetos se enfrenten al dilema de revelar o no sus preferencias, dado que independientemente de ello el Estado producirá el bien financiándolo mediante impuestos.

No obstante, hay que tener en cuenta que el Estado sigue enfrentando prácticamente todos los problemas que señalamos anteriormente, como es el caso de la falta de incentivos para que los funcionarios públicos lleven a cabo su gestión de manera correcta y los enormes costos de agencia que implica monitorear su conducta.

De hecho, hay que prestarle especial importancia a que, si bien el mercado no produce el nivel eficiente de un bien público, el Estado tampoco lo logrará hacer, pues no tiene cómo conocer las valoraciones subjetivas de los individuos. Así, sabiendo que ni la producción estatal, ni la producción privada de bienes públicos asegura generar una cantidad eficiente del bien, si nos enfrentamos a escoger entre ambas opciones lo más sensato será escoger al mercado. Ello, pues por lo menos su actuación no supone todos los costos que hemos señalado que implica la acción estatal.

En consecuencia, podemos afirmar que la intervención del Estado en la producción de

²⁵ BUCHANAN, James. «The demand...». Capítulo 5. párrafo 5.17. También ver: BAIRD, Douglas, Robert GERTNER y Randall PICKER. «Game theory and the law». Cambridge, Harvard University Press, 1994. p. 32.

²⁶ FRIEDMAN, David. «Hidden...». Op. cit. p. 262.

²⁷ Ibid. p. 263.

²⁸ Ibid. p. 264.

bienes públicos solamente se justifica si: i) es sumamente probable que el mercado no tenga o vaya a desarrollar mecanismos para superar en buena cuenta los problemas de acción colectiva que implica la provisión de tal tipo de bienes; y ii) existe gran evidencia empírica de que la generación del bien, menos los costos que supone la intervención estatal, importará un beneficio material considerablemente mayor que los aportes efectuados por los contribuyentes²⁹.

Así, aun cuando se presente la primera condición, si no se presenta la segunda no se justifica la intervención estatal. En tal escenario, es mejor dejar la solución a la actuación imperfecta del mercado o, en todo caso, es preferible que nadie produzca un bien cuyos beneficios son indeterminados, puesto que los recursos de los que depende su producción podrían ser invertidos en la creación de bienes claramente beneficiosos para los individuos.

Por último, habrá que tener en cuenta que la mayoría de veces será más conveniente que el Estado recaude el financiamiento necesario para proveer el bien y que otorgue una concesión a un privado para que lo haga, pues este último tendrá mejores incentivos para llevar a cabo una labor eficiente.

III. ¿QUIÉN DEBE TENER DERECHO SOBRE ELLOS?

Ya vimos que los bienes privados deben ser producidos por el mercado, mientras que los bienes públicos deben ser producidos por el Estado en caso el mercado no pueda superar los problemas de su provisión. Ahora, toca responder si dichos bienes deben de ser de propiedad privada o de propiedad pública. La asignación de un derecho de propiedad pública sobre un bien implica que ningún individuo tiene la facultad de excluir a los demás sujetos de su aprovechamiento. Por su parte, la asignación de un derecho de propiedad privada sobre un bien importa que

el propietario tiene la facultad de excluir a todo otro sujeto de su utilización.

Si establecemos un derecho de propiedad pública sobre una plantación de papas, todo sujeto tendrá el derecho de entrar al campo y recoger las papas que desee. Asimismo, si otorgamos a un individuo un derecho de propiedad privada sobre la misma plantación, le estaremos dando el derecho de excluir a todos los demás individuos del uso del campo o del aprovechamiento de las papas.

La asignación de cada uno de estos tipos de derechos de propiedad tiene consecuencias distintas, dependiendo de si se trata de un bien público o de uno privado. La conclusión a la que nos llevarán las siguientes páginas será que, en principio, es más conveniente asignar derechos de propiedad privada sobre los bienes privados y derechos de propiedad pública sobre los bienes públicos.

1. Bienes privados: ¿qué sucede si son de propiedad pública?

En 1968, Garret Hardin publicó un artículo que se convirtió en un clásico³⁰. En «La tragedia de los comunes», Hardin explicó cómo en los casos en que existe acceso abierto al aprovechamiento de un bien privado (es decir, cuando existe un derecho de propiedad pública en lugar de un derecho de propiedad privada), el interés particular lleva a la ruina social.

Imaginemos un campo abierto al público donde un grupo de pastores lleva su ganado a pastar³¹. Lo socialmente deseable es que dicho campo sea utilizado de tal forma que se evite que, debido a un sobre pastoreo, el campo termine convirtiéndose en una tierra árida, inservible para tal uso³².

Cada vez que un animal adicional entra a pastar al campo, se generan una serie de costos y beneficios³³. Los beneficios son todos los que se desprenden de tener un animal

²⁹ Por ejemplo, aun cuando no conozcamos la valoración subjetiva de los individuos, es claro que la existencia de un cuerpo de policía les brinda un enorme beneficio, pues sin él no existe posibilidad alguna de orden, seguridad, paz o desarrollo. En tal sentido, todo parece indicar que producir tal bien público sería eficiente (aun cuando nos queda la duda de la cantidad de bien público que será necesario producir). Este no es el caso de toda otra serie de bienes públicos que genera el Estado. En la construcción del Gran Parque de Lima, por ejemplo, no hay nada que nos lleve a asegurar que los contribuyentes valoraban menos los tributos pagados que el beneficio que hoy obtienen del parque (de hecho, tampoco queda completamente claro que se parezca más a un bien público que a uno privado). Por ello, este bien no debió de ser construido.

³⁰ HARDIN, Garret. «The tragedy of the commons». En: ELLICKSON, Robert, Carol ROSE y Bruce ACKERMAN. «Perspectives on property law». Aspen Law & Business, 1995. pp. 132-146.

³¹ Este ejemplo, convertido ya en un clásico, es el mismo que utiliza Hardin en su artículo.

³² De hecho, para ser precisos, el nivel de uso eficiente de tal bien es aquél en el que la utilidad marginal iguala al costo marginal. Esto quiere decir que el beneficio de utilizar una unidad adicional del bien es igual al costo que ello supondría.

³³ Cuando hablamos de un costo o beneficio económico no nos referimos solamente a un costo o beneficio en

adicional bien alimentado, como mayor disponibilidad de carne o un mayor precio de venta en el mercado. Los costos comprenden factores como el menor valor del campo al reducirse la cantidad de pasto, o el mayor esfuerzo que tienen que realizar los pastores para encontrar dentro del campo el pasto necesario para alimentar a sus animales.

Mientras más animales ingresen al campo los costos que implica su explotación aumentan (por ejemplo, existirá menos pasto y el campo valdrá cada vez menos), mientras que los beneficios de ella disminuyen (en la medida que al existir menos pasto cada vez es más difícil que los animales estén bien alimentados).

Si cuantificamos los costos y beneficios sociales³⁴ del ingreso de cada nuevo animal al campo de propiedad pública, llegará un momento en el cual podremos determinar que el costo del ingreso de un animal adicional será igual que el beneficio que ello conlleva. Suponiendo que llegamos a este punto y que tanto el costo como el beneficio social que se genera es igual a 1, cada pastor realizará el siguiente razonamiento: «en la medida en que me apropio de todos los beneficios de que mi animal pade en el campo (es decir, 1) y teniendo en cuenta que sólo asumo parte de los costos (una fracción de 1, dado que se distribuyen entre todos los pastores que concurren al campo de acceso público), es claro que me conviene llevar un animal más a pastar porque mi beneficio es mayor a mi costo». Así, aun cuando llevar a pastar un animal adicional no genera un beneficio social, sí genera un beneficio privado, por lo que el pastor de nuestro ejemplo no dudará en llevar no sólo un animal más, sino todos los que pueda. El problema se vuelve mucho más grave si consideramos que muy probablemente todos los pastores realizarán el mismo razonamiento y llevarán a todos los animales posibles al campo público. De lo anterior, teniendo en cuenta que cada animal adicional implica un mayor costo y un menor

beneficio en términos sociales, se deduce que el resultado final será un campo árido, inutilizable, en el que nadie podrá llevar a sus animales a pastar. He ahí la tragedia de los comunes³⁵.

Es claro que el uso indiscriminado y desordenado de un bien conduce a una situación que ningún individuo racional en la sociedad desearía. Sin embargo, en un mundo en el que la propiedad de los bienes fuese pública, los individuos tendrían incentivos para usar los bienes de manera justamente desordenada e indiscriminada. Asimismo, el problema que surge al asignar derechos de propiedad comunal sobre un bien privado tiene una segunda arista, relacionada con los incentivos que tienen los individuos para producir. Existe una clásica figura que resume perfectamente este problema: si invierto recursos como tiempo y dinero para acondicionar un terreno para el cultivo de frutas, comprar semillas e implementar un sistema de riego, y sucede que al llegar el día de la cosecha mi vecino se lleva el fruto, entonces no tendré ningún incentivo para producir nuevamente.

El precio que un individuo puede cobrar por la producción de un bien es el incentivo que tiene para producirlo. Sin embargo, para poder cobrar un precio es necesario que exista la posibilidad de excluir de los beneficios del producto a los individuos que no se encuentren dispuestos a comprarlo. Ello es imposible si el bien se encuentra bajo un esquema de derechos de propiedad pública. Por tanto, es posible afirmar que asignar un derecho de propiedad pública sobre un bien privado implica: (i) la sobreexplotación del bien; y (ii) que los individuos no tengan incentivos para producirlo.

Por ello, aun cuando a todos nos gustaría que todo individuo tenga acceso a los bienes y servicios que sean necesarios para cubrir sus necesidades, es claro que en un mundo de recursos limitados asignar derechos de

sentido dinerario. Nos referimos a todo tipo de beneficio o perjuicio que afecte a un sujeto (más exactamente, a su función de utilidad). Una determinada elección tiene una serie de implicancias dinerarias y no dinerarias. Por ejemplo, escoger un trabajo supone un beneficio dinerario que consiste en el salario pagado; asimismo, impone una serie de costos y beneficios de distinto carácter, como llevar a cabo una actividad que al individuo le desagrade, el tiempo libre perdido o todas las cosas que el sujeto deja de hacer por trabajar. Todos estos factores son tomados en cuenta y, de alguna manera, cuantificados por el individuo al momento de decidir si trabajar o no. Es por ello que el análisis económico, que es un instrumento que intenta predecir las conductas de los individuos, tiene que incorporar más que los factores dinerarios al examinar las elecciones que podrían llevar a cabo los sujetos.

³⁴ Es decir, la sumatoria de costos y beneficios que soportan todos los individuos de la sociedad.

³⁵ He ahí también la razón de la extinción de un sinnúmero de especies animales y recursos naturales, de la depredación forestal y hasta del congestionamiento de las vías de tránsito.

propiedad pública sobre bienes privados es una cura peor que la misma enfermedad.

2. Bienes privados: ¿qué pasa si son de propiedad privada?

Normalmente, la forma más efectiva para escapar a la tragedia de los comunes es mediante el establecimiento de derechos de propiedad privada.

Ello, permite que su titular asuma tanto los costos como los beneficios de la utilización del bien, es decir permite que el propietario internalice tanto las externalidades positivas como las negativas que aparecen a consecuencia de su explotación³⁶.

Lo anterior implica dos ventajas muy claras: la primera de ellas es que se logra el nivel eficiente de explotación del bien. Como vimos en el ejemplo de los pastores, llega un momento en el que llevar un animal más al campo genera un costo mayor al beneficio que conlleva, principalmente porque el campo empezará a ser depredado por el exceso de animales. A diferencia del caso de la propiedad común, en que cada pastor asumía todos los beneficios de llevar un animal adicional pero sólo internalizaba una fracción de los costos que su decisión generaba, cuando un pastor tiene la propiedad privada del campo él es el único que asume todos los costos y beneficios de su explotación. Por tanto, en el momento en que añadir un animal más implique un costo mayor al beneficio, el pastor –en tanto que individuo racional maximizador de su propio beneficio– impedirá que un animal adicional ingrese al campo a pastar. De esta forma, la asignación de un derecho de propiedad sobre el campo de pastoreo logra que éste se utilice a su nivel eficiente y, en consecuencia, impide su sobre explotación.

La segunda ventaja que trae consigo la asignación de derechos de propiedad privada tiene que ver con los incentivos para producir. La posibilidad de excluir a los no propietarios del aprovechamiento del bien, permite al propietario exigir el pago de un precio a cambio del goce de aquél. El pago del precio es el incentivo que necesita el propietario para invertir recursos en la producción de una serie de bienes socialmente beneficiosos. Así, asignar derechos de propiedad privada sobre bienes privados –a diferencia de lo que sucede si se asignan derechos de propiedad pública– evita

la sobreexplotación de los bienes y crea los incentivos adecuados en los individuos para su producción a un nivel eficiente. Por ello, queda claro que, cuando se trata de bienes privados, es deseable que se asignen derechos de propiedad privada y no de propiedad pública.

3. Bienes públicos: ¿qué pasa si son de propiedad privada?

Normalmente, asignar derechos de propiedad privada sobre bienes públicos no tiene mucho sentido. Como ya sabemos asignar un derecho de propiedad privada implica otorgar a un individuo la facultad de excluir a los demás sujetos de su aprovechamiento. Sin embargo, no tiene sentido otorgar un derecho de excluir sobre un bien cuyos costos de exclusión son prohibitivamente altos. Asignar un derecho de propiedad privada sobre el aire que nos rodea, por ejemplo, no tiene sentido alguno, en la medida en que el propietario no tendría posibilidad real alguna de excluir al resto de individuos de su aprovechamiento.

Sin embargo, aun cuando se lograra excluir al resto del mundo de su aprovechamiento, la asignación de derechos de propiedad privada no implicaría beneficio alguno y, más bien, conllevaría ciertos problemas. En primer lugar, la presencia de *free-riders* que explicamos en 11.3.1 haría que los consumidores no envíen señales a los productores de que necesitan un determinado bien público. Por ello, el bien no se produciría a un nivel eficiente.

En segundo lugar, existiría una pérdida social al excluir a los no compradores del aprovechamiento de un bien que no tiene consumo rival. Si asignamos un derecho de propiedad sobre el tramo Lima – Ica de la carretera Panamericana (que es la única vía que cubre dicha ruta) y la empresa propietaria del tramo decide gastar US\$ 2 millones en construir peajes para obtener ganancias del uso del camino, tal inversión constituirá una pérdida social, en la medida que los peajes no aumentarán la utilidad del camino ni tampoco cubrirán necesidades de los potenciales usuarios. Su solo propósito es permitirle al propietario obtener ganancias del bien público³⁷.

En tercer lugar, muy pocos individuos utilizarán el bien, dado que su uso dejó de ser gratuito. Los individuos que valoran el uso del bien por

³⁶ Por externalidades se entiende todo costo o beneficio no contratado que la propia actividad impone en un tercero. Ver: FRIEDMAN, David. «Hidden...». Op. cit. p. 265.

³⁷ SHAVELL, Steven. Op. cit. p.2.

debajo del precio cobrado, no podrán usarlo aun cuando sería deseable que lo hicieran, ya que ello no le significa un costo a nadie³⁸. Siguiendo con el ejemplo anterior, si la empresa que ganó la privatización del tramo Lima – Ica de la carretera Panamericana decide cobrar S/. 50 por el uso de la vía, todas las personas que valoran el uso del bien en un monto menor a dicha cifra, dejarán de utilizarlo, aun cuando es deseable que lo hagan todos aquellos individuos que le asignen un valor cualquiera por encima de cero³⁹.

Como hemos visto, la propiedad privada no siempre genera ventajas. En el caso concreto de los bienes públicos la asignación de derechos de propiedad privada es manifiestamente ineficiente.

4. Bienes públicos: ¿qué sucede si son de propiedad pública?

En primer lugar, como señalamos en el punto anterior, si se trata de bienes cuyos costos de exclusión son elevados, no tiene sentido que sean de propiedad privada y, más bien, serán casi forzosamente de propiedad pública.

Por otro lado, en caso pueda superarse el problema de los costos de exclusión, como ya hemos mencionado, lo más conveniente será que el bien sea de acceso público. En la medida que no tiene consumo rival, no existe razón para excluir a algún individuo de su aprovechamiento.

Por ello, podemos concluir que, si bien cuando se trata de bienes privados lo más conveniente es asignar derechos de propiedad privada, cuando se trate de bienes públicos será necesario asignar derechos de propiedad pública sobre ellos.

Podemos resumir las conclusiones de esta primera parte en el siguiente cuadro:

	¿Productor?	¿Propiedad?
Bien Priv	Mercado	Privada
Bien Públ	Estado, sólo si no puede el Mercado ⁴⁰	Pública

SEGUNDA PARTE: EL SERVICIO DE JUSTICIA. CUÁNDO EL MERCADO Y CUÁNDO EL ESTADO

I. EL SERVICIO DE JUSTICIA: ¿BIEN PÚBLICO O PRIVADO?

A pesar de que tanto la teoría como la misma realidad nos demuestran los problemas que ocasiona la prestación de servicios por el Estado y la conveniencia de un sistema que asigne derechos de propiedad privada sobre bienes privados y derechos de propiedad pública para bienes públicos, son todavía numerosos los casos en que sucede exactamente lo contrario.

El caso del servicio de justicia es un buen referente de los tantos mitos existentes sobre las bondades de la intervención estatal. Desde tiempos inmemoriales, propios y ajenos creen que el servicio de justicia debe ser de propiedad pública e íntegramente brindado por el Estado. Nadie se atreve a cuestionar la validez o vigencia del mito, y éste sobrevive día tras día, con el riesgo de volverse como el vino, a más viejo, mejor. La única justificación que podríamos encontrar para ello es que se tratase, en su totalidad, de un bien público.

Como veremos, la justicia en algunos casos es un bien privado y en otros uno público, por lo que no tiene sentido alguno otorgarle al Estado el absoluto monopolio del servicio de justicia, ni asignar sobre todo él un derecho de propiedad pública.

1. La justicia como un bien privado

Cuando un juez soluciona, por ejemplo, un problema contractual sobre la titularidad de un bien, la justicia que imparte es un bien privado. La resolución que determine quién es su propietario solamente beneficiará a las partes involucradas e individuos adicionales se verán impedidos de beneficiarse de ella. Asimismo, para que nuevos sujetos resuelvan sus propios conflictos y se beneficien del servicio de justicia, será necesario incurrir en una serie de costos. Por ejemplo, llega un punto en el que será necesario aumentar el número de funcionarios judiciales (así como el número de oficinas, computadoras o papel). Por otro lado, cada vez que un nuevo

³⁸ Salvo algunos costos no significativos como el desgaste de la pista.

³⁹ SHAVELL, Steven. Op. cit.

⁴⁰ Siempre y cuando, como señalamos anteriormente, exista evidencia empírica de que la generación del bien, menos los costos que supone la intervención estatal, importará un beneficio material considerablemente mayor que los aportes efectuados por los contribuyentes. De no ser así, será mejor que el bien sencillamente no se produzca o sea producido ineficientemente por el mercado.

individuo ingresa al servicio de justicia genera externalidades negativas en sus demás usuarios, pues el incremento de la carga procesal elevará el tiempo en el que se resuelvan sus conflictos. En vista de ello, queda claro que, en este caso, la justicia impartida tiene la primera característica de los bienes privados, es decir, consumo rival.

Los costos de exclusión, por su parte, son bastante bajos. Ello, en la medida que los que se beneficiarán con la resolución sobre la titularidad del bien de nuestro ejemplo solamente serán las partes del proceso, no siendo necesario invertir recursos para excluir a terceros de sus beneficios. Así, la justicia para este caso cumple con las dos características de los bienes privados.

No obstante ello, tenemos que reconocer que una eficiente prestación del servicio de justicia genera una serie de externalidades positivas por las que es imposible cobrar un precio. Por ejemplo, el hecho de que mediante un procedimiento judicial se obligue a X a respetar el derecho de propiedad de Y, beneficia a Z quien no fue parte del proceso, en la medida en que, por ejemplo, el día de mañana podrá contratar con Y sobre tal derecho. Asimismo, el progreso económico logrado por la existencia de un eficiente servicio de justicia beneficia a toda la población, incluso a aquellos que nunca han hecho uso de él. Por ello, alguien podría sostener que el servicio de justicia tiene algún rasgo de bien público, dado que no se puede cobrar a los individuos por dichos beneficios, lo que llevaría a que el mercado lo produzca en menor medida a su valoración social.

Sin embargo, hay dos detalles que debemos recordar. En primer lugar, como señalamos, prácticamente ningún bien es completamente público ni absolutamente privado. Más bien tenemos que analizar a qué modelo teórico se acerca más para saber si es conveniente asignar derechos de propiedad privada o pública y si es conveniente la intervención estatal. De lo contrario, tendríamos que aceptar, por ejemplo, el absurdo de que la comida fuese de propiedad pública y provista por el Estado, pues una población mejor alimentada también aumenta la posibilidad de un mayor nivel de producción y crecimiento económico, lo que al final beneficia a todos.

Por otro lado, aun cuando fuese cierto que el mercado no proveería el nivel adecuado de este servicio, no hay nada que asegure que el Estado sí lo va a hacer. Así como el mercado no tiene un mecanismo para captar las

preferencias de los individuos en el caso de los bienes públicos (dado que no funciona el sistema de precios), el Estado tampoco tiene una bola mágica de cristal que le permita descubrirlas. Por ello, nada nos garantizaría que sí produciría el nivel eficiente de este bien. De hecho, cuando no existe un mercado como referencia y cuando hablamos de un Estado sin recursos como el peruano, lo más probable es que se produzca en un menor nivel que el que produciría el mercado.

En vista de todo ello, en casos como el de nuestro ejemplo, no existe ninguna razón ni para encargar la provisión de justicia al Estado, ni para asignar sobre dicho bien un derecho de propiedad pública. Y esto mismo sucede con toda una serie de conflictos como los contractuales, los de responsabilidad civil, los societarios, los de familia, los laborales, etc. En todos los conflictos en los que identifiquemos que la impartición de justicia tiene las características de bienes privados, la presencia estatal y la propiedad pública son un sin sentido. Atentar contra esta lógica, como vimos anteriormente, no implica más que condenar al servicio de justicia a la ineficiencia gubernamental y a la tragedia de los comunes, donde a la larga toda la sociedad, en su conjunto, pierde.

2. La justicia como un bien público

Existen dos aspectos del servicio de justicia que, por sus propias características, son más parecidos a un bien público y que, por lo tanto, deberían permanecer bajo un esquema de propiedad pública y ser provistos por el Estado.

El primero de ellos, las resoluciones sobre materia penal, claramente presenta consumo no rival y altísimos costos de exclusión. Digamos que las fuerzas armadas norteamericanas apresan a Osama Bin Laden y lo entregan a una corte penal para su juzgamiento. Los beneficios que genere el servicio de justicia al juzgar y condenar a tamaño felón podrán ser disfrutados por un número considerablemente alto de personas (de hecho, por casi toda la humanidad), y parece ser bastante evidente que puede incluirse personas adicionales al grupo de beneficiarios, sin que ello importe costo alguno. Esto quiere decir que no existe rivalidad en el consumo del bien. Por otro lado, parece tremendamente improbable excluir a algún individuo de los beneficios que supone el juzgamiento de Bin Laden. En consecuencia, la justicia penal impartida en este caso tiene altos costos de exclusión.

El segundo aspecto del servicio de justicia que presenta rasgos propios de un bien público es la predictibilidad de las decisiones judiciales, algo que ayuda a incrementar la seguridad jurídica de un país.

La predictibilidad, que es la manifestación de la racionalidad de un sistema de justicia, genera grandes beneficios a todos los habitantes de un país, porque crea un clima de confianza institucional que promueve las inversiones, agiliza la solución de conflictos y reduce los costos de transacción en un enorme número de operaciones contractuales y extra contractuales. Estos beneficios, evidentemente, no tienen rivalidad en su consumo. Asimismo, no imaginamos cómo podría excluirse a los no compradores de los beneficios descritos en el párrafo anterior, por lo que es clara la presencia de altos costos de exclusión.

Por estas razones resulta que el sistema penal y la predictibilidad de las resoluciones, en tanto bienes públicos, deben ser generados por el Estado, pues, por las razones explicadas, no los generará el mercado.

II. ¿CÓMO SERÍA UN SISTEMA DE JUSTICIA PRODUCIDO POR EL MERCADO?

En el esquema que proponemos, el servicio de justicia se compondría de la siguiente manera:

a) Corte Suprema: No funcionaría como una instancia adicional, sino que se dedicaría a sentar precedentes de observancia obligatoria, haciendo uso del poder de *certiorari*; es decir, tendría el poder de seleccionar los casos que considere de mayor importancia y mediante los cuales busque sentar este tipo de precedentes. Sería un órgano financiado y administrado por el Estado por dos razones. En primer lugar, para generar el bien público que anteriormente denominamos predictibilidad de las resoluciones⁴¹. En segundo lugar, porque para garantizar la

separación de poderes y la vigencia del Estado de Derecho es necesario que el gobierno no dé en concesión este servicio.

b) Primera y segunda instancia: Todo lo que actualmente constituye la primera y segunda instancia judiciales desaparecería⁴². En su lugar, los conflictos serían resueltos por figuras similares a los que ahora conocemos como árbitros privados⁴³. Cualquier individuo (sea o no abogado) tendría la posibilidad de ofrecer su servicio como árbitro y lo prestaría tal como lo hacen ahora dentro del sistema arbitral privado.

Cada árbitro o centro arbitral tendría la posibilidad de cobrar el precio que desee por sus servicios. De hecho, en la práctica, ellos no serían los que fijarían el precio, sino la misma competencia, pues tendrían que bajar sus tarifas para poder competir por clientela. De igual manera, así como existiría competencia por precio, se generaría competencia por calidad, donde los individuos podrían elegir entre árbitros de mayor o menor prestigio, que brinden una calidad de servicio distinta.

c) Justicia penal: Como señalamos, la justicia penal es en la mayoría de los casos un bien público, por lo que no sería generada por el mercado. Por ello, el Estado tendría que financiar la existencia de un Ministerio Público que se dedique a investigar y denunciar los ilícitos penales. La concesión de dicha entidad sería entregada a una entidad privada⁴⁴. Los procesos se tramitarían ante los tribunales que describimos en el siguiente punto.

d) Cuando no exista convenio arbitral: En este supuesto (por ejemplo, los casos de responsabilidad civil extracontractual o los procesos penales), existe un complicado problema de selección adversa. Si sólo una parte fija la competencia del árbitro o tribunal, lo más probable es que lo haga en claro perjuicio de la otra parte. El individuo que escoja puede ir donde un tribunal parcializado

⁴¹ Nuestro esquema supone que no exista un Tribunal Constitucional y que el control de constitucionalidad sólo sea difuso.

⁴² De hecho, dependiendo del centro arbitral escogido, los individuos podrían decidir a cuántas instancias desean someterse.

⁴³ Los que, hoy en día, funcionan mejor que el Poder Judicial. La mejor prueba de ello es que desde que cobró prestigio el fuero arbitral, para todas las transacciones importantes que se celebran (incluyendo aquellas en que participa el propio Estado peruano), se pacta una cláusula arbitral.

⁴⁴ Esta figura, en alguna medida, ya viene siendo utilizada en la práctica. El Estado, cuando se trata de investigar y denunciar crímenes de alta importancia, no acude a los fiscales estatales, sino que contrata a privados para que hagan las veces de fiscales. El ejemplo más conocido es el caso del procurador José Ugaz, contratado para investigar los crímenes cometidos por la mafia fujimontesinista.

o, si sabe que no tiene cómo ganar, acudir a un tribunal conocido por su lentitud y baja calidad de los fallos. Por ello, sería necesario implementar un sistema en el que se limite la posibilidad de que una parte fije la competencia de manera adversa a la otra, sin llegar al extremo de conceder un monopolio de este servicio a una sola entidad, eliminando con ello los beneficios de la competencia.

Creemos que una posibilidad sería establecer barreras de entrada para los particulares que busquen brindar el servicio de justicia en casos donde no existe convenio arbitral. Brindar servicio de justicia en estos casos sólo sería posible si se cuenta con una licencia estatal, otorgada a empresas que cuenten con certificación de un sistema de gestión de la calidad reconocido mundialmente (por ejemplo, el ISO 9000, como tienen algunos organismos de INDECOPI), que acredite una elevada calidad de su servicio. Asimismo, una ley regularía ciertos aspectos de competencia territorial, para evitar que quien fija la competencia no lo haga en un lugar en el cual le sea imposible acudir a la otra parte. De esta forma, el demandante o denunciante solamente podría escoger entre unas cuantas entidades cuyo alto nivel de servicio es patente, reduciéndose con ello el problema de selección adversa, sin eliminar los beneficios de la competencia. Como es evidente, siempre existiría la posibilidad de que las partes acuerden, posteriormente, llevar al conflicto al tribunal de su preferencia.

e) El uso de la fuerza pública: Con respecto a ella, los árbitros y tribunales tendrían las mismas facultades que actualmente tienen los jueces, aunque sería deseable que, para evitar una serie de abusos (que, por otro lado, también se producen hoy en día con los propios jueces estatales), se exija la presencia de fedatarios para cada caso de uso de la misma. Asimismo, sería necesario crear fuertes reglas de responsabilidad civil y penal para sancionar el uso negligente o deshonesto de los medios de fuerza pública y, en general, de la función arbitral y notarial.

f) Órgano de resolución de conflictos arbitrales: Un ente estatal –que sería entregado en concesión a una institución privada– sería encargado únicamente de resolver ciertos conflictos muy específicos, que son aquellos en que los árbitros y tribunales son una parte en el conflicto. Nos referimos a: i) los conflictos de competencia y las recusaciones que puedan presentarse contra los árbitros y tribunales; ii) las demandas de

responsabilidad civil y penal interpuestas contra árbitros y tribunales; y iii) las demandas de nulidad de resoluciones arbitrales. La justicia impartida por este ente estatal es un bien privado; sin embargo, para que los privados pudiesen crear esta entidad sería necesaria la celebración de un contrato en el que participen todos los árbitros y potenciales litigantes, lo cual, como es evidente, es imposible. Al ser tan elevados los costos de transacción, lo eficiente es que el Estado promueva esta entidad.

g) Entidad licenciadora: Esta entidad estatal sería la encargada de otorgar las licencias para brindar servicio de justicia en caso no exista convenio arbitral. Asimismo, se encargaría de dar en concesión el Ministerio Público y el órgano de resolución de conflictos arbitrales.

Así como éstas, hay toda una larga lista de cuestiones prácticas que deberían ser reguladas o que, posiblemente, podrían ser reguladas de manera distinta. Sin embargo, la idea de este trabajo no es diseñar por completo el sistema privado de justicia, sino más bien presentar las razones de fondo por las que no se justifica que éste sea íntegramente prestado por el Estado en desmedro de los privados.

III. SERVICIO DE JUSTICIA PÚBLICO VS. SERVICIO DE JUSTICIA PRIVADO

En este punto, presentamos un esquema comparativo entre el actual servicio de justicia estatal y el esquema propuesto, aplicando los planteamientos desarrollados en la primera parte.

Veremos cómo el escenario que proponemos no sólo generaría los beneficios que describimos en las siguientes páginas, sino también uno muy importante: auténtica justicia. Hoy en día, debido a las tremendas ineficiencias del Poder Judicial, en la práctica casi todos sus usuarios terminan recurriendo a bienes sustitutos de la justicia formal, tales como la justicia por mano propia o las coimas y prebendas.

Un método de justicia como el que planteamos permitiría un servicio más barato y eficiente, lo que supondría además incorporar a todos los individuos (y sus recursos) que utilizan la «justicia informal» a un sistema de solución de conflictos acorde con los ideales que inspiran un verdadero Estado de Derecho.

1. El problema de la sobre explotación

Como señalamos anteriormente, la consecuencia de asignar derechos de propiedad pública sobre bienes privados es nefasta. El caso de las vías públicas es ejemplar. Cada automovilista asume todos los beneficios de que su vehículo ingrese a un camino público; sin embargo, el costo derivado de la congestión que contribuye a ocasionar se reparte entre todos los automovilistas. Llega un punto en el cual el costo social de que un automóvil adicional ingrese a la autopista es mayor que el beneficio social que ello implica. No obstante, como los costos y beneficios no son internalizados por un mismo individuo, los automovilistas seguirán ingresando y el costo social seguirá incrementándose. Claramente, una situación en la que, en el agregado, es más lo que pierden los individuos que lo que ganan⁴⁵.

Lo mismo que con las autopistas ocurre cuando el ingreso al servicio de justicia es prácticamente gratuito. Sabemos que uno de los principales problemas del Poder Judicial es la poca rapidez con la que resuelven las demandas de los que acuden a él. Cada demanda que ingresa al servicio de justicia aumenta la carga procesal que éste soporta y vuelve más lenta la resolución de cada conflicto, lo cual genera un enorme costo a cada uno de los usuarios de dicho servicio. Así como en el caso de las vías públicas, llega un momento en el que el ingreso de un usuario adicional generará un costo social mayor al beneficio social que su ingreso implica. Sin embargo, el hecho de que un bien sea, en buena parte, de acceso abierto al público y que, por tanto, todos los costos y beneficios no sean internalizados por un mismo

individuo, determina que el servicio de justicia se utilice más allá del nivel deseado.

Sólo de manera referencial, podemos analizar algunas cifras. Al 31 de marzo del 2003, el 84% del presupuesto del Poder Judicial provenía del presupuesto nacional, mientras que sólo el 15.1% de su financiamiento es asumido por los usuarios⁴⁶. En 1999, solamente en el Distrito Judicial de Lima, 12,709 personas ingresaron al servicio de justicia sin pagar tasas judiciales y haciendo uso de defensores de oficio (defensa subvencionada por el Estado) e imponiendo una serie de costos que pagan todos los demás usuarios del servicio⁴⁷. Lo más sorprendente es que, estadísticamente, en el 95% de los casos en los que se brinda auxilio judicial, la información sobre la situación económica del individuo no se verifica, en gran medida debido a que no existe una oficina especializada para ello⁴⁸.

Por otro lado, para hacernos una idea del nivel de sobrecarga procesal que soporta el actual sistema de justicia, habría que tener en cuenta que solamente en el año 1997, la carga aumentó en un 23% (de 1'328,965 casos a 1'724,845 casos), existiendo al año 2001 una brecha entre la carga procesal y la resolución de casos de casi 50%⁴⁹. Ello lleva a que en nuestro país la duración de un proceso penal ordinario de reo libre que termina en la Corte Suprema sea de 923.50 días aproximadamente, mientras que en el caso de un procedimiento sumario, irónicamente, llegue a ser de 995 días⁵⁰. El caso de los procesos de amparo es igual de dramático, pues sólo en la segunda instancia el procedimiento dura un promedio de 104.06 días, mientras que ante el Tribunal Constitucional el 66% de casos dura entre 180 y 360 días⁵¹.

⁴⁵ Los costos que implica la congestión vehicular no son cosa despreciable. Algunas ciudades como Bangkok ostentan vías cuya velocidad de circulación en las horas pico es de 3.2 kilómetros por hora, lo que supone un enorme costo de tiempo para los automovilistas. En 1999, un estudio del Texas Transportation Institute estimó que anualmente, tan sólo en desperdicio de combustible y costos operativos en 68 distritos urbanos, la congestión vehicular genera una pérdida de setenta y dos mil millones de dólares. En la ciudad de Los Ángeles, por su parte, se estima que el tiempo de viaje en sus autopistas de 10 carriles aumentará en un 50% en los próximos 20 años. La creación de esquemas en los que se establece alguna forma de derecho de propiedad privada sobre las vías de tránsito para solucionar este creciente problema no es una novedad. Desde el 17 de febrero del presente año, Ken Livingstone, el alcalde de Londres, introdujo un sistema de 700 video-cámaras que escanean las licencias de los automovilistas que entran al centro de Londres entre las 7:30 a.m. y las 6:30 p.m. en días laborables. A dichos individuos se les cobra ocho dólares, destinados a internalizar las externalidades que cada automovilista impone en el resto, los cuales pueden ser pagados telefónicamente, por internet o en determinados establecimientos. El resultado fue todo un éxito: el tránsito se redujo en un tercio y el tiempo de viaje a la mitad, creando incentivos para que los individuos utilicen el transporte público en vez del congestionante transporte privado. Sistemas similares que han logrado resultados comparables existen desde hace buen tiempo en ciudades como Roma, Singapur, Oslo, Bergen y Trondheim. Ver: «Congestion charging. Ken Livingstone's gamble» En: *The Economist*. Volumen 366, No. 8311, 15 de febrero de 2003, p. 51. También ver: «Road pricing. Ken leads the charge» En: *The Economist*. Volumen 366, No. 8312, 22 de febrero de 2003, p. 52.

⁴⁶ Fuente: página web del Poder Judicial, www.pj.gob.pe.

⁴⁷ «Acceso a la justicia y defensoría del pueblo». Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001. p. 96.

⁴⁸ *Ibid.* p. 252.

⁴⁹ *Ibid.* p. 169.

⁵⁰ *Ibid.* p. 181.

⁵¹ *Ibid.* p. 181.

Ello, como es evidente, no sucedería en el escenario que proponemos. Dado que se establecería un esquema de propiedad privada sobre la mayor parte del servicio de justicia, sus proveedores y usuarios internalizarían individualmente los costos y beneficios de su utilización, y solamente se utilizaría al nivel socialmente deseable. Entonces, el primer beneficio que implicaría la existencia del esquema que proponemos es la utilización del servicio de justicia a un nivel adecuado, evitando de esta manera una carga procesal excesiva.

2. Los costos de aplicar el derecho

Llega un momento en que los costos de aplicar de manera efectiva el derecho son mayores que sus beneficios. Para excluir a otros del uso de un bien, por ejemplo, podemos incurrir en una serie de costos, que deberían siempre ser menores al valor subjetivo que le asignamos a este bien. Por ejemplo, si somos propietarios de un automóvil, es bastante probable que decidamos incurrir en los costos de comprar una alarma, alquilar una cochera, o incluso contratar a un vigilante para efectos de excluir a los no propietarios del uso del bien. Sin embargo, si se trata de un antiguo Volkswagen Escarabajo del año 1974, es bastante improbable que decidamos comprarle un sistema de ubicación satelital, pues el costo será bastante mayor que el beneficio que nos genera el uso del carro.

Así, aplicar el derecho en la práctica tiene una serie de costos, que se traducen en la compra de una cerradura, la contratación de un vigilante, la generación de un sistema de policía o el recurrir al servicio de justicia⁵². Siempre que los costos sean menores que los beneficios que implica la aplicación efectiva del derecho, será deseable que se incurra en aquellos para lograr la vigencia de éste. El caso contrario es por lo demás absurdo. Aplicar el derecho cuando los costos de su aplicación son mayores que los beneficios, equivale a decir que usted pagaría mil dólares a un detective privado para que encuentre el reloj que le fue robado y cuyo valor no supera los veinte dólares.

De la misma forma, llega un punto en el que utilizar el servicio de justicia para la aplicación efectiva del derecho tiene costos mayores a sus beneficios. Por ejemplo, imagine usted que interpone una demanda por la suma de

quinientos soles y que se puede determinar que el costo del funcionamiento del servicio de justicia para efectos de resolver su demanda es de seiscientos soles. Queda claro que no conviene invertir seiscientos para recuperar cien; sin embargo, si el servicio de justicia es gratuito o no le cobra el real costo de su funcionamiento, es altamente probable que usted presente su demanda, porque internalizará todos los beneficios, pero sólo parte de los costos. Si bien usted gana, la sociedad en su conjunto pierde.

Este problema no se presentaría en el esquema propuesto. En este escenario, no existiría un subsidio estatal que distorsione el verdadero precio de dicho servicio, por lo que las partes tendrían que asumir todos los costos de su funcionamiento. De esta forma, al internalizar en ellas todos los costos y beneficios de la aplicación del derecho mediante la intervención del sistema de justicia, éste solamente se utilizará en aquellos supuestos en los que su uso implique beneficios sociales mayores a los costos sociales generados.

3. Los incentivos de los funcionarios y los beneficios de la competencia

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

Adicionalmente, la estabilidad de la que gozan los jueces como medio de defensa ante presiones políticas crea en ellos una serie de incentivos perversos. A diferencia de un trabajador cualquiera que puede ser despedido si realiza un trabajo deficiente, es mucho más difícil remover a un juez. Debido a ello, el juez tiene menos incentivos que un trabajador cualquiera para realizar un trabajo adecuado, puesto que es más difícil que pierda su trabajo.

⁵² Así como un vigilante es un mecanismo para asegurar que se respete el derecho de propiedad que tengo sobre mi casa, el servicio de justicia es un mecanismo más caro para asegurar que se respeten toda una serie de derechos que tenemos según las leyes.

Ello se complica más si tenemos en cuenta que al tener el Estado, prácticamente, el monopolio del servicio de justicia, los ciudadanos que consideran que no reciben un trato adecuado no tienen otra vía a la cual acudir. Por ello, podría decirse que los jueces tienen una suerte de «mercado cautivo» que no podrá dejar de consumir sus servicios si es que no se encuentra enteramente satisfecho con ellos.

Estos problemas no se presentarían en nuestro esquema. Los árbitros internalizarían las consecuencias de su trabajo. Si realizan un trabajo impecable, el mercado los premiará demandando más sus servicios. Si realizan un trabajo deficiente, el mercado los sancionará no recurriendo a ellos.

Asimismo, es posible que en este escenario exista menos corrupción. Si la reputación de un juez estatal decae, el juez estatal sabe que su costo no es muy elevado (salvo que sea un individuo para quien su reputación sea algo sumamente preciado), pues a menos que se le logre probar la comisión de un acto de corrupción, no perderá su empleo. De hecho, el mercado no podrá sancionarlo, pues el Estado tiene el monopolio del servicio de justicia y a los individuos no les quedará más que volver a recurrir al mismo juez. Por ello, que la reputación de un juez estatal caiga no suele constituir incentivo suficiente para que empiece a realizar un trabajo adecuado y honesto⁵³. En cambio, los tribunales privados vivirían de su reputación, en la medida en que si el público se entera que un árbitro tiene fama de corrupto no recurrirán a él, sino a algún otro competidor⁵⁴.

En efecto, en el esquema que proponemos, la posibilidad de que un gobierno corrupto como el de Fujimori tome el control del servicio de justicia se reduce drásticamente. Mientras que para controlar al Poder Judicial a Fujimori y Montesinos les bastó sembrar la provisionalidad en la magistratura y

contar con algunas personas de confianza (vocales, jueces y miembros de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial) dentro del servicio de justicia, en el sistema propuesto hubiesen tenido que corromper directamente a cuanto árbitro existiese en el mercado. Ello, como es evidente, hubiera vuelto tanto más difícil el surgimiento de la red de corrupción más nefasta y organizada de nuestra historia. Por otro lado, la enorme competencia traería toda otra serie de beneficios. En primer lugar, permitiría que se equilibre la oferta de justicia con la enorme demanda existente. A todos nos queda claro que en la actualidad el Estado no se da abasto para atender la enorme necesidad de solución de conflictos. En un esquema de justicia privada, la oferta de justicia sencillamente respondería a la demanda existente⁵⁵.

En segundo lugar, nos encontraríamos con precios y calidades para todos los gustos. No todos los individuos se encuentran dispuestos a pagar lo mismo por el servicio de resolución de conflictos. Por ello, surgirían árbitros o instituciones que brinden el servicio de justicia a distintos precios y calidades. Así, quien se encuentre dispuesto a pagar una sustanciosa suma por un servicio de altísima calidad se encontrará en la posibilidad de hacerlo; de otro lado, quien prefiera acudir a una institución que le cobre un precio más cómodo también tendrá dicha opción. Hoy en día, bajo el esquema de justicia estatal, todos nos vemos condenados a recibir la misma calidad de servicio (que además es terriblemente deficiente) y no podemos escoger el precio que estamos dispuestos a pagar.

En tercer lugar, la competencia entre centros arbitrales generaría incentivos para que estos brinden cada vez un mejor servicio a un menor precio, al ser ésta la manera de captar clientes para su negocio. Adicionalmente, las empresas que gestionan las entidades estatales entregadas en concesión tienen incentivos similares, que también son mejores que los que tienen los actuales funcionarios

⁵³ La poca influencia que tiene la pérdida de buena reputación de los funcionarios judiciales en la calidad de su trabajo se ve corroborada por las cifras. Durante los últimos 15 años ha existido entre 70% y 80% de desaprobación y desconfianza en el Poder Judicial; sin embargo, ello no ha contribuido en lo más mínimo a que se preocupen por brindar un servicio más honesto y de mayor nivel. «Acceso a la justicia...» Op. cit. p. 167.

⁵⁴ Este mismo fenómeno se observa actualmente con las empresas que se dedican a la auditoría. El negocio de estas empresas descansa en gran medida en mantener una reputación impecable y el mejor ejemplo de cómo son sancionadas por el mercado es el caso de Andersen. A pesar de ser una de las primeras auditoras del mundo y de brindar un servicio sumamente eficiente, cuando se revelaron los malos manejos contables que existieron en la auditoría de Enron, la famosa auditora quebró a lo largo del mundo. La fiscalización por parte del mercado, además, permitiría un considerable ahorro de los contribuyentes que ven cómo sus recursos se desperdician en poco eficientes sistemas de contraloría estatal.

⁵⁵ Esto último sería completamente cierto en los casos en los que se puede pactar un convenio arbitral, mas no es completamente alcanzable en los demás casos, por la necesidad de establecer las barreras de acceso descritas. Sin embargo, la capacidad de inversión privada hace previsible que en este esquema se alcance un punto más cercano al de equilibrio entre demanda y oferta de justicia que el que existe actualmente.

públicos. Ello, en la medida que si no brindan un servicio adecuado, pueden perder la concesión.

Por último, la suerte del servicio de justicia no se encontraría sujeta a las decisiones de los políticos y a los perversos incentivos que estos tienen y que explicamos en la primera parte.

IV. POR QUÉ NO DEBEN COEXISTIR LA JUSTICIA PÚBLICA Y LA JUSTICIA PRIVADA

A este punto, quizás se haya preguntado por qué no permitimos que el servicio de justicia sea producido tanto por el Estado como por particulares, tal como sucede en la actualidad. Hoy en día, para un buen número de supuestos, cualquier individuo tiene la posibilidad de acceder al Poder Judicial o de recurrir a un tribunal arbitral privado para que resuelva su conflicto.

Ello, sin embargo, genera una serie de problemas. En primer lugar, en el caso del servicio de justicia público, subsisten todos los problemas que mencionamos líneas arriba. En segundo lugar, el hecho de que el Poder Judicial se financie en parte mediante el cobro de una tasa por sus servicios y en otra mediante un subsidio estatal proveniente de nuestros impuestos, distorsiona las preferencias de los individuos y las elecciones que estos realizan. Expliquemos esto mediante un ejemplo.

Asumamos que el costo de llevar a cabo un proceso judicial es de 6 y el de llevar a cabo un proceso arbitral es de 4. Asumamos también que el servicio que ambos brindan es de la misma calidad (por lo que solamente existe competencia por precio) y que el subsidio estatal al Poder Judicial es de 3, con lo que el individuo que accede a él solamente asume la mitad del costo.

En este escenario, lo deseable sería que cada individuo escogiera el servicio más barato, pues ello implicaría un mayor bienestar individual y un mayor bienestar social. Sin embargo, debido al subsidio, el precio del servicio estatal es de 3, mientras que el del servicio privado es de 4, por lo que el individuo (que solamente asume parte del costo), termina escogiendo el servicio más caro, lo cual es claramente ineficiente y, en el agregado, termina perjudicando a toda la sociedad. Nuevamente, tenemos una situación similar a la de la tragedia de los comunes, pues, al no internalizar en cada individuo todos los costos de su actuación, se llega a una situación de pérdida social.

V. LOS BENEFICIOS A LA ECONOMÍA

Como hemos visto, existen fuertes razones para pensar que el sistema que proponemos generaría mayores beneficios que el actual sistema de justicia. Por un lado, la sola inexistencia de gran parte del servicio de justicia estatal implicaría un enorme ahorro para el fisco, que podría destinar dichos recursos para generar bienes públicos necesarios. Por otro lado, la competencia y los incentivos que existirían permitirían que se brinde un servicio más eficiente, diverso, barato y honesto, que el Estado ha demostrado no encontrarse en capacidad de prestar.

Todo ello, como es evidente, tendría un importante impacto en la economía en general, en la medida que implicaría mayor seguridad jurídica, mayor solidez del Estado de Derecho, mayor respeto de los derechos de propiedad y mayor eficacia de las reglas de responsabilidad. Estos, indiscutiblemente, son los principales ingredientes de la receta del crecimiento económico y de la atracción de inversión hacia el país.

De acuerdo al *Economic Freedom of the World Annual Report* del año 2002, la seguridad jurídica y la clara definición de derechos de propiedad lograda a través de un servicio de justicia independiente y eficiente, son uno de los principales motores del desarrollo. De hecho, este informe muestra cómo los países que consiguen de manera más certera estos objetivos, son los que han logrado un mayor desarrollo económico. En el ranking de este rubro, Australia se ubica en el número tres de lista con una calificación de 9.5 sobre 10, Dinamarca en el segundo lugar con una calificación similar y los Países Bajos en el primer lugar con una calificación de 9.6. Por su parte, El Reino Unido se encuentra en el puesto 6, Estados Unidos en el puesto 7 y Canadá en el puesto 8. Perú, por su parte, se encuentra en el puesto 95, con una puntuación de 3.9, después de China, Nicaragua, Sri Lanka y antes de Venezuela, Nigeria y Madagascar. Al final de lista (pero no muy lejos) se encuentran países como La República del Congo, Algeria y Bangladesh.

La evidencia empírica de que un mejor servicio de justicia implica un mayor nivel de desarrollo económico es contundente. Un esquema que permite gozar de un servicio de justicia más eficiente y honesto, como el que nosotros proponemos, indudablemente tiene enormes repercusiones positivas en el desarrollo económico del país y en el bienestar de los individuos en general.

A. Bayly y E. Pasquel

Sin embargo, a pesar de todos los beneficios que probadamente traería un sistema de justicia como el que proponemos en este trabajo, no podemos soslayar un problema central del mismo. Sabemos que, en un país pobre como el nuestro, es altamente probable que, por más que existan árbitros y tribunales de distintos precios y calidades, siempre habrá un sector de la población que, debido a sus escasísimos recursos, se vería imposibilitado de recurrir al servicio de justicia (incluso al más barato y elemental). En principio, somos de la opinión que no debería existir un subsidio estatal para estos individuos, en la medida que ésta, como cualquier política de redistribución de la riqueza, retrasa el desarrollo económico y, a la larga, termina condenando a más individuos a la pobreza que los que intentó ayudar⁵⁶. Además, tal subsidio estatal implicaría nuevamente asignar, en buena medida, derechos de propiedad pública sobre bienes privados.

Por otro lado, incluso aquellos sujetos que no contaran con recursos para acceder al servicio de justicia privado se verían beneficiados, en la medida en que el desarrollo generado les ofrecería mayores posibilidades de conseguir un mejor empleo, de acceder al crédito, y de consumir productos de mayor calidad y menor precio. No obstante ello, creemos que si no se quisiera renunciar al subsidio a los individuos de escasos recursos, una agencia gubernamental podría encargarse de seleccionar como destinatarios del subsidio solamente a aquellas personas que se encuentren en una situación de pobreza extrema. A tales individuos les sería asignado

una especie de bono que les permitiría acudir al tribunal arbitral de su preferencia.

CONCLUSIÓN

Es interesante someter nuestras creencias y convicciones a interrogatorios racionales. En ocasiones, ése puede ser el mejor medio para develar mitos insospechados y, quién sabe, hasta evitar tragedias innecesarias, como la ejecución de veinte personas acusadas de brujería por una camarilla de niñas alteradas.

En el caso del servicio de justicia, parece quedar bastante claro que no sólo existen argumentos considerables para que no lo preste íntegramente el Estado, sino que además bajo un esquema de mercado y competencia se generaría un beneficio social importante. El hecho de que el servicio de justicia sea público desde hace unos buenos siglos –y además de manera simultánea en prácticamente todo el mundo– no es un argumento lo suficientemente fuerte como para elevarlo a la calidad de dogma y no cuestionarlo; es solamente anecdótico.

Abandonemos, pues, la creencia de que el servicio de justicia tiene que ser prestado íntegramente por el Estado. No seamos presa fácil de condicionamientos enajenantes ni de argumentos que no resisten el menor embate de la razón. Y si, al final del día, usted discrepa con nuestro planteamiento, sólo le pediremos un último esfuerzo: no convierta este trabajo en una bruja de Salem.

⁵⁶ Para una exposición de por qué es injusta, económicamente ineficiente y contraproducente para los pobres la distribución de la riqueza ver: PASQUEL, Enrique y Gerardo SOLÍS. «La falaz leyenda de Robin Hood. Los dilemas económicos y filosóficos de la redistribución de la riqueza».