

BRUCE L. BENSON

JUSTICIA
SIN
ESTADO

Contenido

PRIMERA PARTE DE LA JUSTICIA VOLUNTARIA A LA JUSTICIA AUTORITARIA

CAPÍTULO I: SISTEMAS JURÍDICOS CONSUECUDINARIOS DE ADHESIÓN VOLUNTARIA

El Derecho consuetudinario
Los paapúes de la "common law"
Derecho consuetudinario para la revolución comercial
Conclusiones

CAPÍTULO II: LA AFIRMACIÓN DEL DERECHO AUTORITARIO
El desarrollo inicial del derecho autoritario
La evolución de las instituciones del Derecho real
El conflicto interjurisdiccional y la absorción del derecho mercantil
La aparición del Derecho penal
Conclusiones

SEGUNDA PARTE LA LAY AUTORITARIA A LA LUZ DE LA PUBLIC CHOICE

CAPÍTULO III: EL DERECHO Y LA JUSTICIA COMO MERCADO POLÍTICO

La asignación y defensa de los derechos de propiedad
Las demandas de los grupos de intereses
Las respuestas del gobierno a las demandas de los grupos de intereses
Los tribunales en el sistema político
El problema de los bienes comunales

CAPÍTULO IV: EL MERCADO POLÍTICO POR EL LADO DE LA DEMANDA

Los grupos de intereses y la aprobación de la legislación penal
Los burócratas del orden público como grupos de intereses políticos
La presión de los grupos de intereses sobre las burocracias del orden público
Las ineficiencias de la justsicia autoritaria

CAPÍTULO V: EL MERCADO POLÍTICO POR EL LADO DE LA OFERTA

Crecimiento del sistema de justicia penal.
Consecuencias de los incrementos burocráticos y del racionamiento
sin la utilización de precios Secretismo burocrático.
Mejorando la actuación burocrática.
Las víctimas del crimen y el Derecho autoritario.

CAPÍTULO VI: LA CORRUPCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DEL ORDEN PÚBLICO

Oportunidades para corromperse
Incentivos a la corrupción
Consecuencias de la criminalización
Conclusiones

TERCERA PARTE

EL RESURGIMIENTO DE LAS ALTERNATIVAS PRIVADAS

CAPÍTULO VII: CONTRATACIÓN DE ORDEN Y JUSTICIA

Nivel y alcance actual de la contratación
Los beneficios derivados de la contratación
Las limitaciones de la contratación

CAPÍTULO VIII: TENDENCIAS ACTUALES DE LA PRIVATIZACIÓN

El sector privado en la prevención y detección del delito
Agrupaciones de voluntarios contra el crimen
Policía privada
Tribunales privados
Derecho consuetudinario

CAPÍTULO IX: LOS BENEFICIOS DE LA PRIVATIZACIÓN

Ganancias en eficacia y el racionamiento en la aplicación del derecho
Ganancias derivadas de la especialización
Ejemplos de especialización individual
Mayor eficacia en la aplicación de la ley
La información como fuente de eficacia
La disciplina derivada de la competencia
Conclusiones
Apéndice al Capítulo IX

La teoría económica del crimen y la privatización.
La teoría económica del crimen sin intervención del sector privado
en la aplicación de la ley Respaldo empírico de la teoría económica del crimen.
Tendencias en la probabilidad del castigo.
Respaldo empírico de la teoría económica del crimen
La teoría económica del crimen con intervención del sector privado.
Conclusiones.

CUARTA PARTE RACIONALIZAR LA LEY AUTORITARIA

CAPÍTULO X: LOS FALLOS DEL MERCADO EN MATERIA DE LEY Y JUSTICIA

Externalidades y bienes públicos
Policía
Tribunales
Elaboración de las leyes

CAPÍTULO XI: EL MONOPOLIO LEGAL DE LA COACCIÓN

El monopolio policial
La necesidad del poder coercitivo
¿Sería posible un único ordenamiento jurídico?
¿Debería existir solo un sistema legal?
Otras críticas "monopolistas" a la privatización
Conclusiones

Apéndice al Capítulo XI

Violencia y justicia vigilante en el Oeste americano
Conclusiones: la Costumbre como constitución tácita

QUINTA PARTE

DEL DERECHO AUTORITARIO AL DERECHO PRIVADO

CAPÍTULO XII: BARRERAS POLÍTICAS A LA PRIVATIZACIÓN

La oposición a reducir el papel del Estado
Perspectivas de crecimiento del sector privado
Conclusiones

CAPÍTULO XIII: IMAGINANDO UN SISTEMA PRIVADO

El contrato social no escrito
Características del Derecho consuetudinario
El castigo a los transgresores de la ley
Mecanismos para la aplicación de la ley
Tribunales privados
Las sanciones de ostracismo y boicot, las prisiones privadas y el cobro de las multas
Conclusiones

PRÓLOGO

Esto se escribe en el vigésimo aniversario de la primera publicación de *The Enterprise of Law: La justicia sin el Estado* (en adelante, *Empresa*). Han pasado muchas cosas en estas dos décadas. He seguido investigando sobre la justicia sin el Estado y sobre el fracaso del gobierno en la provisión de la ley. Como consecuencia, mi propia comprensión de estas cuestiones ha evolucionado. Además, mientras que en 1990 muy pocos estudiosos del derecho y la economía consideraban que la idea de la justicia sin el Estado era un tema de investigación legítimo, esto ya no es así. De hecho, la literatura académica sobre los temas tratados en *Enterprise* se ha ampliado de forma espectacular.¹ Gran parte de esta literatura corrobora varias conclusiones del libro,² pero también hay un número creciente de críticos que aparentemente reconocen que su teoría de mando del derecho y sus esfuerzos por justificar el derecho hecho por el Estado se enfrentan a serios desafíos.³ Sin embargo, como es habitual, los avances más importantes se han producido fuera del ámbito académico.

El disgusto de la gente con muchas instituciones jurídicas públicas es mayor hoy que en 1990. Las razones del fracaso del gobierno en materia de derecho son las mismas que hace dos décadas, ya que se ha hecho poco para cambiar los incentivos institucionalizados fundamentales a los que se enfrentan los responsables de la toma de decisiones del gobierno detallados en *Enterprise*. Parece que los votantes no pueden decidir qué partido político les gusta menos, así que ponen a un partido en el poder durante unos años, se hartan de su actuación y ponen al otro partido en el poder. Un descontento similar con los tribunales públicos puede verse en las omnipresentes batallas legislativas sobre la reforma de la responsabilidad civil⁴ y en la reacción política contra decisiones como la de *Kelo* contra la ciudad de New London (545 U.S. 469 (2005)).⁵ El descontento con los servicios policiales públicos crece con cada nuevo procedimiento impuesto en los aeropuertos por la Administración de Seguridad del Transporte y las interminables historias de disparos policiales a civiles desarmados. La corrupción política es tan frecuente que se ha convertido en una parte esperada del proceso en estados como Nueva York, Nueva Jersey y Luisiana, por no hablar de Washington, DC.

Tabla 1. Empresas que prestan servicios de investigación y seguridad y empleo en estas empresas

Año	Número de empresas	% de aumento de las empresas a partir de	% de aumento de las empresas a partir de	Número de empleados	% de aumento del empleo desde 1964	% de aumento del empleo a partir de 1981
1993	14,824	646%	108%	543,734	775%	64%
1997	17,906	801%	151%	636,884	924%	92%
2001	22,041	1,009%	209%	720,465	1,059%	117%
2004	23,193	1,067%	225%	754,514	1,114%	128%
2007	25,249	1,170%	254%	788,766	1,169%	138%

A medida que el gobierno ha ido fracasando en la provisión de la ley y la justicia, el sector privado ha respondido con la innovación y el crecimiento de alternativas no estatales para la creación y el cambio de normas por parte del gobierno, la aplicación de estas normas y la resolución de conflictos. Consideremos el cuadro 9.3, por ejemplo, ya que informa del crecimiento del número de empresas que ofrecen servicios de detectives y protección en Estados Unidos, y del número de empleados de esas empresas entre 1964 y 1981.⁶ El número de empresas aumentó un 285 por ciento durante este periodo, pasando de 1988 a 7126, mientras que el número de empleados pasó de 62.170 a 331.294, un aumento del 423 por ciento. El siguiente cuadro ofrece una muestra de estos mismos recuentos anuales en la década de 1990 y en el nuevo siglo, comparándolos con los de 1964 y 1981.

Es evidente que el sector de la seguridad privada ha seguido creciendo a un ritmo tremendo. Lo mismo ocurre con los servicios privados de resolución de conflictos. Mientras que en el capítulo 9 se señalaron algunos ejemplos de arbitraje para disputas entre empresas y sus consumidores, por ejemplo, hoy en día es difícil encontrar un contrato entre empresas y consumidores que no contenga una cláusula de arbitraje. Con la aparición de los mercados en Internet se ha creado un ámbito completamente nuevo para el desarrollo privado de normas y mecanismos de ejecución⁷, pero también se están produciendo desarrollos similares en los mercados emergentes de Europa del Este y Asia.⁸

En el proceso de mi investigación en curso, he encontrado debilidades y/o lagunas en algunos de mis argumentos originales que ahora sé que pueden reforzarse y llenarse. Otros defectos que también pueden ser tratados o que ya han sido abordados,⁹ han sido señalados por los críticos. Ninguno de estos problemas cambia las conclusiones principales expresadas en el libro. De hecho, al abordar los problemas, he consolidado mis puntos de vista sobre los beneficios potenciales de la provisión privada de justicia y el inevitable fracaso de los sistemas jurídicos estatales en la provisión de justicia. La única parte de Enterprise que desearía haber escrito de forma diferente es la de las predicciones del capítulo final sobre cómo podría ser un sistema de justicia sin el Estado. He señalado que muchas predicciones sobre la tecnología, las instituciones, los procesos y las organizaciones que podrían surgir son probablemente muy inexactas, pero ahora estoy aún más convencido de que la liberación del sector privado crea incentivos tan fuertes para el descubrimiento empresarial que nadie puede predecir las innovaciones tecnológicas, institucionales y organizativas resultantes. Basta con leer las predicciones sobre la tecnología, las instituciones y las organizaciones actuales realizadas hace unas décadas por personas muy inteligentes e imaginativas para ver que esto es correcto.

El Premio Nobel de Economía, Paul Samuelson, obviamente una persona mucho más inteligente que yo, entendió tan mal el proceso de descubrimiento del mercado que en la edición de 1973 de su famoso libro de texto Economía predijo que la Unión Soviética, que supuestamente tenía una renta per cápita igual a la de Estados Unidos en ese momento, debería alcanzarla en 1990, y claramente esto ocurriría en 2015. En la 13ª edición de Economics de 1989 afirmó que "la economía soviética es la prueba de que... una economía dirigida socialista puede funcionar e incluso prosperar".¹⁰ La economía soviética y las economías dirigidas de Europa del Este que se inspiraron en ella se derrumbaron en los dos años siguientes. No estoy sugiriendo que las predicciones generales del capítulo y de la Empresa en su conjunto sean erróneas: la provisión privada de la ley sería más eficiente y más justa. Simplemente digo que el aspecto que podría tener ese sistema jurídico está más allá de mis posibilidades de imaginar, por lo que supongo que la imagen que dibujé en 1990 es probablemente demasiado simplista.

NOTAS

1. For a few of many examples, see Lisa Bernstein, "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry," *Journal of Legal Studies*, 21 (1992), 115-158; Avner Greif, "Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade," *American Economic Review*, 83 (1993), 525-548; Avner Greif, *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade* (New York, Cambridge University Press, 2006); Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Cambridge, MA, 1991); Robert C. Ellickson, "Property in Land," *Yale Law Journal*, 102 (1993): 1315-400; Peter Leeson, "An-arrrgh-chy: The Law and Economics of Pirate Organization," *Journal of Political Economy*, 115 (2007), 1049-1094; Paul Milgrom, Douglas North, and Barry Weingast, "The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs," *Economics and Politics* 2 (1990), 1-23; D. Johnson and D. Post, "Surveying Law and Borders—Law And Borders—The Rise of Law in Cyberspace," *Stanford Law Review*, 48 (1996), 1367-1402; Matt Ridley, *The Origins of Virtue: Human Instincts and the Evolution of Cooperation* (New York, 1996); Andrew Morris, "Miners, Vigilantes & Cattlemen: Overcoming Free Rider Problems in the Private Provision of Law," *Land and Water Law Review* 33 (1998), 581-696; Andrew Morris, "Private Actors and Structural Balance: Militia and the Free Rider Problem in Private Provision of Law," *Montana Law Review* 58 (1997), 115-166; Todd Zywicki, "The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis," *Northwestern Law Review*, 97 (2003), 1551-1634; Randy E. Barnett, *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law* (Oxford, UK: Oxford University Press, 1998); "Daniel B. Klein, ed. *Reputation: Studies in the Voluntary Elicitation of Good Behavior* (Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 1997); Terry L. Anderson and P. J. Hill, *The Not so Wild, Wild West: Property Rights on the Frontier* (Stanford University Press, 2004); and Edward Stringham, ed. *Anarchy and the Law* (New Brunswick, NJ: Transaction for The Independent Institute, 2007).
2. Examples include O. Volkart and A. Mangels, "Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?" *Southern Economic Journal*, 65 (1999), 427-450; C. Fassberg, "The Empirical and Theoretical Underpinnings of the Law Merchant: Lex Mercatoria—Hoist with Its Own Petard?" *University of Chicago Journal of International Law*, 5 (2004), 67-82; E. Kadens, "The Empirical and Theoretical Underpinnings of the Law Merchant: Order within Law, Variety within Custom: The Character of the Medieval Merchant Law," *University of Chicago Journal of International Law*, 5 (2004), 39-65; C. Donahue, Jr., "The Empirical and Theoretical Underpinnings of the Law Merchant: Medieval and Early Modern Lex mercatoria: An Attempt at the probatio diabolica," *University of Chicago Journal of International Law*, 5 (2004), 21-37; C. Drahozal, "Competing and Complementary Rule Systems: Civil Procedure and ADR: Contracting out of National Law: an Empirical Look at the New Law Merchant," *Notre Dame Law Review*, 80 (2005), 523-552; C. Drahozal, "Busting Arbitration Myths," *Kansas Law Review*, 56 (2008), 663-677; and S. Sachs, "From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortions of the Medieval Law Merchant," *American University International Law Review*, 21 (2006), 685-812. These and other criticisms are being rebutted in Bruce L. Benson, "Yes Virginia, there is a Law Merchant," a partially completed book manuscript, Department of Economics, Florida State University.
3. Bruce L. Benson, "Uncertainty, the Race for Property Rights, and Rent Dissipation due to Judicial Changes in Product Liability Tort Law," *Cultural Dynamics*, 8 (November 1996), 333-351.
4. For detailed discussion see various chapters in Bruce L. Benson (ed.), *Property Rights: Eminent Domain and Regulatory Takings Re-Examined* (Palgrave/Macmillan for The Independent Institute, 2010).
5. These data were collected from the annual County Business Patterns reports from the Bureau of the Census.
6. Note that these figures do not include security employment working directly for non-security firms like banks, malls, casinos and other recreational firms like nightclubs and Disney World, and so on. Total employment of private security personnel is substantially higher. A recent newspaper article contends that there are more than a million contract security officers and another million or more private security guards in the U.S. compared to about 700,000 public police (Amy Goldstein, "More security firms getting police powers: Some see benefits to public safety, but others are wary," *San Francisco Chronicle*, January 7, 2007) [most recently viewed, December 19, 2010, at <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?file=/c/a/2007/01/07/MNGVENCASV1.DTL>].
7. Bruce L. Benson, "The Spontaneous Evolution of Cyber Law: Norms, Property Rights, Contracting, Dispute Resolution, and Enforcement without State Involvement," *Journal of Law, Economics and Policy*, 1 (Winter 2005), 269-348.
8. Bruce L. Benson, "It Takes Two Invisible Hands to Make a Market: Lex Mercatoria (Law Merchant) Always Emerges to Facilitate Emerging Markets," *Studies in Emergent Order*, Spring 2010, Vol. 3, 100-128.
9. Véanse las notas 2 y 8, por ejemplo, así como David W. Rasmussen y Bruce L. Benson, *The Economic Anatomy of a Drug War: Criminal Justice in the Commons* (Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 1994); Bruce L. Benson, *To Serve and Protect: Privatization and Community in Criminal Justice* (Nueva York: New York University Press for The Independent Institute, 1998), y otras numerosas publicaciones que figuran en <http://gametacns.fsu.edu/~bbenson/>.
10. Paul Samuelson y William Nordhaus, *Economics*, 13th ed. (McGraw Hill, 1989), 837. Para consultar otras predicciones erróneas de Samuelson y referencias a fuentes que tratan cuestiones similares, véase Alan Ebenstein, "The Poverty of Samuelson's Economics", *Liberty* 17:4 (abril de 2003), 37-38, <http://freedomkeys.com/samuelson.htm> consultado por última vez el 18 de diciembre de 2010.

Agradecimientos

Este proyecto ha tardado varios años en completarse, y un gran número de personas se han visto significativamente afectadas por él o han tenido efectos importantes en él. Me gustaría dar las gracias a todos los que puedo recordar. En primer lugar, debo agradecer a mi mujer Terrie y a mi hija Lacey su apoyo constante. Me aguantaron mientras intentaba hacer malabarismos con una agenda de investigación demasiado comprometida que se comía muchos de los fines de semana y las tardes que debería haber pasado con ellas. Las secretarías de la Universidad Estatal de Montana y de la Universidad Estatal de Florida mecanografiaron varios borradores muy diferentes del libro, transfirieron dos veces varios borradores de un sistema de procesamiento de textos a otro y, finalmente, una de ellas me enseñó a hacer mi propio procesamiento de textos. Pero algunas de las secretarías también se interesaron por lo que estaba escribiendo y empezaron a comentarlo y a hacer preguntas al respecto. Tres merecen un agradecimiento especial en este sentido: Anne Phillips, Vickie Garland y Carol Bullock.

A lo largo de su evolución, este manuscrito se benefició en gran medida de una serie de revisiones. En particular, Randy Barnett revisó el primer borrador del libro y, desde la perspectiva de un estudioso del derecho, recomendó gran parte de la literatura sobre teoría e historia del derecho a la que desde entonces he recurrido ampliamente. Además, desde la perspectiva de un antiguo fiscal, el profesor Barnett corrigió numerosas percepciones erróneas que tenía sobre el proceso de justicia penal. Por último, sus extensos comentarios y sugerencias organizativas fueron de un valor incalculable.

Otros revisores también fueron muy útiles para guiar el desarrollo de este libro, incluyendo a Terry Anderson, Gordon Tullock, Marshall Fritz, Harold Berman y C. S. Cockburn. Terry Anderson, en su calidad de asesor económico del Pacific Research Institute, contribuyó especialmente a determinar la forma y el contenido final del libro. Con su ayuda y consejo, y con la edición del borrador final por parte de Marianne Keddington, el libro se hizo considerablemente más legible (y mucho más corto). Otras personas afiliadas al Pacific Research Institute me proporcionaron útiles comentarios y material de referencia, como Chip Mellor, Charles Baird, David Theroux y Greg Christainsen. Además, la correspondencia y las conversaciones con Leonard Liggio (y varias otras personas afiliadas al Institute for Humane Studies), Murray Rothbard, Lawrence Sherman y Chuck Logan me llevaron a explorar referencias útiles que probablemente habría pasado por alto. Los alentadores comentarios de P. J. Hill y otros (incluyendo de nuevo a Gordon Tullock y Charles Baird) sobre un capítulo que escribí para un libro del Pacific Research Institute ("Guns for Protection and Other Private Sector Responses to the Fear of Violent Crime", en *Firearms and Violence: Issues of Regulation*, Don Kates, Jr., ed. [Cambridge, Mass.: Ballinger Press, 1984]) en realidad me llevó a investigar más a fondo las cuestiones examinadas en este libro. Muchas discusiones con colegas de Montana State y Florida State, como Ron Johnson, Merle Faminow, Terry Anderson, Rick Stroup, Dick Wagner, Larry Wollen, Tom McCaleb, Randy Holcombe, Dave Rasmussen y otros que me disculpo por olvidar mencionar, también me ayudaron a formular y afinar mis argumentos. Algunas partes del libro se presentaron en el Taller de Estudios Jurídicos y en la Serie de Seminarios de Economía Política de la Universidad del Estado de Florida, así como en la Serie de Seminarios de Elección Pública de la Universidad George Mason, en el Coloquio de Economía Austriaca de la Universidad de Nueva York, en las

reuniones de la Sociedad de Elección Pública y en las reuniones de la Asociación Económica del Sur. Los debates que siguieron a estas presentaciones fueron muy provechosos. El Liberty Fund también patrocinó una conferencia organizada por el Pacific Research Institute sobre "Derecho, libertad e individuos responsables" en junio de 1989. Esta conferencia me dio la oportunidad de someter parte de mi trabajo a una evaluación crítica por parte de un grupo de eminentes juristas y economistas.

De hecho, gran parte del libro se ha sometido a una considerable revisión indirecta por parte de los pares. Algunas secciones se basan en publicaciones mías anteriores en el Journal of Libertarian Studies, el Antitrust Bulletin, el Southern Economic Journal, el Journal of Legal Studies (escrito con John Baden), el libro patrocinado por el Pacific Research Institute Firearms and Violence: Issues of Regulation, editado por Don Kates, Jr. y en un capítulo (escrito con M. L. Greenhut) para Antitrust and Regulation, editado por Ronald Grieson (Lexington Books, 1986). Además, los materiales desarrollados y escritos para este libro ya han sido publicados en la Madison Papers Series, el Harvard Journal of Law and Public Policy, el Journal of Libertarian Studies, la International Review of Law and Economics, el Cato Journal, el Journal of Institutional and Theoretical Economics y el Southern Economic Journal. Agradezco a todas estas editoriales y revistas, a sus editores y árbitros, y a mis coautores sus contribuciones. La elección por parte del Southern Economic Journal de mi artículo extraído de este libro ("The Spontaneous Evolution of Commercial Law") para recibir el Premio Georgescu-Roegen como mejor artículo publicado en la revista durante 1988-1989 es un reconocimiento especialmente grato por parte de mis compañeros de que mi trabajo sobre este tema puede ser digno de atención.

También hay que reconocer a varias instituciones. Mis departamentos y presidentes de departamento, tanto en el estado de Montana como en el de Florida, siempre me apoyaron mucho. El Institute for Humane Studies me proporcionó apoyo financiero en forma de una beca de verano F. Leroy Hill, que me permitió explorar una serie de cuestiones relacionadas mucho más profundamente de lo que podría haber hecho, y gran parte del trabajo que apoyaron finalmente se encontró en el libro. El Centro de Investigación de Economía Política también apoyó el desarrollo de varios documentos que he utilizado para el libro. Por último, y de manera muy significativa, deseo reconocer explícitamente las contribuciones vitales realizadas por personas afiliadas al Pacific Research Institute. Ya he mencionado las valiosas reseñas y comentarios sobre el libro de los asociados del Instituto, pero sus contribuciones van mucho más allá. Para empezar, la disposición del Instituto a financiar el libro fue lo que me convenció de que era un proyecto que merecía la pena. El apoyo continuado del Instituto al proyecto durante un periodo mucho más largo de lo previsto ha implicado a muchas personas. En particular: Los esfuerzos de Chip Mellor entre bastidores para mantener el proyecto en marcha y proporcionar el tipo de aportaciones técnicas e intelectuales que necesitaba fueron claramente esenciales (también propuso, organizó y dirigió la conferencia del Liberty Fund mencionada anteriormente); Terry Anderson se ocupó de que el libro se escribiera y empaquetara de forma que maximizara sus posibilidades de ser comercializable (sujeto a las restricciones derivadas de las limitadas capacidades del autor); Pam Riley preparó el mercado para recibir el libro; y Linda Clumeck preparó el libro para el mercado. Estoy seguro de que no soy consciente de la magnitud e importancia de los esfuerzos realizados por estas personas y otras del Instituto. Gracias a todos por sus inestimables contribuciones.

Bruce L. Benson
Departamento de Economía, Universidad Estatal de Florida

Introducción

Cualquiera que cuestione siquiera el «hecho» de que el mantenimiento de la ley y el orden público son, por necesidad, competencia del Estado, probablemente será considerado por la mayoría de la gente como un ridículo e ignorante radical. Por ejemplo, Bernard Herber, en un típico libro de texto de Hacienda Pública, escribió:

La tarea de procurar estabilidad en el interior del país manteniendo el orden sólo puede encontrar oposición en un anarquista declarado. Puesto que (la defensa del orden público) es, incuestionablemente, (una) competencia del Estado, no se precisan análisis muy minucioso, para encontrar argumentos económicos en defensa de la asignación pública de recursos.¹

Pero, aunque la mayoría del estamento académico no cuestiona la argumentación en pro del dominio del Estado sobre la Justicia y el orden público, hay amplios sectores de la población que sí lo hacen. Encuestas y sondeos muestran un creciente descontento con todos los aspectos de la administración de justicia en los Estados Unidos, particularmente con los tribunales y el sistema penitenciario. Aún más importante, los ciudadanos recurren al sector privado, cada vez en mayor número, en demanda de servicios que, supuestamente, son «incuestionablemente competencia del Estado» La detección y prevención privada del crimen, el arbitraje y la mediación son sectores de rápido crecimiento en los Estados Unidos.

Este estudio se servirá de la teoría económica para comparar las instituciones e incentivos que influyen en la producción pública y privada de justicia, así como en su ejecución. Algunos críticos pueden alegar que el Derecho no se presta al «análisis económico», porque no es algo que se produzca y distribuya en los mercados. Ciertamente, la Economía tiene mucho que decir acerca de las instituciones del mercado, pero su alcance y relevancia van más allá. La aplicación de la teoría económica sólo requiere medios escasos y fines alternativos. No hay duda de que la administración de justicia -los servicios de policía, tribunales y todos los demás componentes del proceso- implica la asignación de recursos escasos a fines alternativos. Y además, la teoría económica explica la conducta humana teniendo en cuenta cómo reaccionan las personas a los incentivos y las restricciones.

Luego, empleando la teoría económica, puede demostrarse convincentemente que las instituciones privadas (mercantiles o sin ánimo de lucro) son capaces de crear fuertes incentivos para establecer leyes y hacerlas cumplir. Las restricciones legales resultantes facilitan la interacción y el orden social promoviendo la cooperación y reduciendo las confrontaciones violentas. También puede demostrarse que las instituciones del sector público crean incentivos que pueden causar grandes dosis de ineficacia en la prestación de los mismos servicios. De hecho, nuestra actual confianza en el Estado para dictar las leyes y establecer el orden no ha sido la norma histórica. Por ejemplo, la policía pública estatal no se impuso al pueblo en los EE.UU y Gran Bretaña hasta mediados del siglo XIX, y sólo después de vencer una considerable resistencia ciudadana.² Las víctimas de los delitos en Inglaterra hacía el papel del fiscal hasta casi el cambio de siglo, y no cedieron ante el ministerio público sin oposición. Los fundamentos del Derecho mercantil fueron desarrollados por los comerciantes europeos, y su administración y cumplimiento eran encomendados a tribunales de comerciantes.⁴ Hasta hoy, el comercio internacional es «gobernado» en gran parte por los comerciantes, puesto que son ellos los que dictan, arbitran y hacen cumplir sus propia leyes; y en los EE UU, al menos el 75 por ciento de los litigios mercantiles se resuelven a través de arbitraje privado o por mediación, con dictámenes basados en la costumbre y práctica de los negocios (derecho mercantil consuetudinario).⁵

Los servicios de arbitraje, en particular para los litigios comerciales, se utilizan cada vez más desde hace tiempo, pero en los últimos años se ha desarrollado una nueva industria: los tribunales privados con fines de lucro compiten con los tribunales públicos en un amplio espectro de litigios civiles.⁶ Además, ahora hay más del doble de policías privados que públicos en Estados Unidos, ya que los ciudadanos contratan cada vez más vigilantes, guardias y expertos en seguridad altamente capacitados.⁷ Entre 1964 y 1981, el empleo de las empresas privadas que ofrecen servicios de protección y de detectives aumentó un 432,9%, y el número de empresas que ofrecen estos servicios creció un 285,5% durante el mismo periodo (véase el cuadro 9.3).

Los particulares también complementan cada vez más la protección gubernamental con sus propios esfuerzos.⁸ Cada vez más ciudadanos compran armas de fuego para su protección personal; se instalan alarmas antirrobo y se compran perros guardianes. Los ciudadanos ponen rejas en las ventanas, aprenden a defenderse, llevan silbatos y otros instrumentos de ruido y compran dispositivos de autoprotección. El negocio de los coches blindados y los sistemas de seguridad para los poderosos y ricos que temen ser asesinados o secuestrados es cada vez mayor. También hay actividades menos costosas, como la vigilancia y las patrullas de vecinos o inquilinos, y los grupos de escolta. Una encuesta de Gallup descubrió que, a principios de los años 80, el 17% de los encuestados informaron de al menos uno de estos esfuerzos voluntarios de prevención del crimen en su barrio.⁹

La gente recurre al sector privado cuando se presume que la policía y los tribunales públicos están disponibles porque existe una creciente insatisfacción con los esfuerzos del sector público para mantener el orden social. El descontento de los ciudadanos se debe en parte a la creciente creencia de que el gobierno no está controlando adecuadamente la delincuencia. En 1982, el Informe Figgie sobre el Miedo a la Delincuencia descubrió que "la mayoría de la gente percibe que los índices de delincuencia aumentan continuamente y considera cualquier descenso como una aberración, un reflujó temporal en la marea inexorablemente creciente de pequeños hurtos, robos a mano armada, asesinatos y terror internacional". El informe también señalaba que las estadísticas de delincuencia subestiman el verdadero nivel de criminalidad. Según el informe, se estima que el 60% de todos los casos de hurto personal en los que no hay contacto entre el ladrón y su víctima no se denuncian; y se denuncian menos del 50% de todas las agresiones, menos del 60% de todos los robos en domicilios, menos del 30% de los hurtos en domicilios y sólo un poco más de la mitad de todos los robos y violaciones.¹⁰ Así, el Informe Figgie concluyó: "Estas sorprendentes estadísticas son, o bien una medida de la falta de confianza pública en la capacidad de la policía para resolver los delitos, o bien una valoración más realista de lo que es posible. . . ."¹¹ Después de todo, en 1980 menos del 20 por ciento de los delitos denunciados se resolvieron mediante arresto (frente al 26 por ciento de 1960), y en al menos un condado de California sólo el¹² por ciento de los detenidos como delincuentes en 1977 fueron realmente condenados. 12 El informe del Departamento de Justicia de EE.UU. sobre la victimización de la delincuencia en 1979 descubrió que aproximadamente el 10 por ciento de los delitos no denunciados no lo fueron porque la gente creía que la policía "no quería ser molestada".¹³

El descontento con el aparato público de derecho penal se extiende también a los tribunales. Desde 1965, cada vez más personas creen que los tribunales no han sido lo suficientemente duros en los casos penales, pasando del 48,9% en 1965 al 84,9% en 1978 (véase el cuadro 1.1);¹⁴ de 1980 a 1986, este porcentaje se mantuvo bastante estable en el rango del 82% al 86%.¹⁵ Un estudio de 1972 descubrió que el 82 por ciento de los encuestados estaba "algo" o "mucho" de acuerdo con que "las recientes decisiones del Tribunal Supremo han dificultado el castigo de los delincuentes".¹⁶

TABLA 1.1 OPINIÓN SOBRE LOS TRIBUNALES

Fuente	Fecha	% tribunales no son suficientemente severos
Gallup	Marzo-1965	48,9
Gallup	Septiembre-1965	59,3
Gallup	Enero-1968	63,1
Gallup	Enero-1969	74,4
GSS	Marzo-1972	74,4
Gallup	Diciembre-1972	66,3
GSS	Marzo-1973	73,1
GSS	Marzo-1974	77,9
GSS	Marzo-1975	79,2
GSS	Marzo-1975	81,0
GSS	Marzo-1977	83,0
GSS	Marzo-1978	84,9

Fuente: A.L. Stinchcombe et al., *Crime and Punishment- Changing Attitudes in America* (San Francisco: Jose- Bass Publishers, 1980, p. 31)

El Informe Figgie también descubrió que el 80 por ciento de la muestra del estudio creía que los tribunales y el sistema penitenciario eran ineficaces para rehabilitar a los delincuentes. Más de la mitad de los encuestados (52 por ciento) pensaba que las penas de prisión que se dictan actualmente no desalientan la delincuencia y que la "política de puertas giratorias en el sistema judicial hace que la pena de prisión sea un mero inconveniente para el delincuente experimentado."¹⁷ La negociación de los cargos y la condena se traduce ahora en aproximadamente el 90% de las condenas penales, lo que implica para muchos que los delincuentes se libran de penas leves; además, los delincuentes cumplen, por término medio, menos de la mitad de sus condenas en la cárcel (frente al 61% en 1965).¹⁸ Muchos también creen que las prisiones no cumplen sus funciones de disuasión y rehabilitación, sino que sirven como "escuelas" para el estudio de la delincuencia. De hecho, un estudio nacional de seguimiento de 78.143 delincuentes que salieron de la cárcel en 1972 reveló que el 74% volvió a ser arrestado.¹⁹

Los tribunales reciben bajas calificaciones de los ciudadanos también en el ámbito del derecho civil. Una encuesta realizada en 1978 reveló que sólo el 23% de los entrevistados tenía un alto grado de confianza en los tribunales estatales y locales, mientras que más de un tercio de la muestra expresó poca o ninguna confianza. Además, el 57% creía que la "eficiencia de los tribunales" era un grave problema nacional.²⁰ Después de todo, los retrasos en los tribunales pueden demorar un juicio civil durante más de cinco años en algunos estados.²¹

¿Por qué los retrasos en los tribunales públicos son un problema cuando la mayoría de los casos penales se resuelven mediante la negociación de los cargos y la mayoría de los conflictos comerciales se resuelven mediante el arbitraje privado? ¿Por qué el sistema depende tanto de la negociación de los cargos y del arbitraje privado? ¿Por qué los ciudadanos creen que deben gastar miles de millones de dólares para contratar policías privados y establecer sistemas de seguridad privados cuando el gobierno ya está gastando miles de millones en una fuerza policial pública? ¿Por qué las autoridades locales, estatales y federales gastan el dinero de los contribuyentes para contratar a empresas privadas que construyan, doten de personal y mantengan prisiones cuando el sistema penitenciario público ya cuesta miles de millones de

dólares? ¿Por qué las víctimas de delitos deciden no denunciar una parte importante de los delitos cometidos? Estas preguntas y otras similares sólo pueden responderse comparando las instituciones asociadas a la creación y aplicación de la ley por parte del sector público con sus homólogas del sector privado. Ninguno de los dos sistemas es perfecto, pero la creciente insatisfacción con la actuación del sector público y el aumento de la confianza en las alternativas del sector privado indican que ha llegado el momento de cuestionar la presunción de que la ley y el orden deben ser proporcionados por el gobierno.

En el análisis que sigue, considero temas como las características de los sistemas jurídicos primitivos y la evolución del derecho común y otros sistemas jurídicos. Exploro la aplicación moderna de la ley; el comportamiento de la policía pública, los fiscales y los jueces; y la corrupción política. También examino las tendencias actuales en la "contratación" del gobierno con empresas privadas para los servicios policiales y penitenciarios, y las tendencias en la provisión de arbitraje, mediación y prevención del delito por parte del sector privado. Se discuten cuestiones de teoría jurídica, como el papel de la costumbre en el derecho y la cuestión de cómo debe definirse el "derecho". A lo largo del análisis, utilizo libremente las ideas y los resultados de las investigaciones de otros, demostrando que muchas de las conclusiones relativamente amplias a las que se llega utilizando una perspectiva económica han sido alcanzadas por otros en sus enfoques complementarios, aunque relativamente más limitados. Pero, lo que es más importante, recurrir a una literatura amplia y aparentemente dispersa puede conducir a una comprensión más completa del potencial de mantenimiento del orden social por parte del sector privado. De este modo, podemos lograr una comparación más precisa de la eficacia del sector público y del privado en este ámbito vital de la política pública.

NOTAS

1. Bernard P. Herber, *Modern Public Finance: The Study of Public Sector Economics* (Homewood, Ill.: Richard D. Irwin, Inc., 1975), p. 22.
2. Truett A. Ricks, Bill G. Tillett y Clifford W. Van Meter, *Principles of Security* (Cincinnati: Criminal Justice Studies, Anderson Publishing Co., 1981), p. 5; y Frank Morn, *The Eye that Never Sleeps* (Bloomington, Ind.: University Press, 1982), p. 8.
3. Juan Cárdenas, "The Crime Victim in the Prosecutorial Process", *Harvard Journal of Law and Public Policy* 9 (primavera de 1986): 361.
4. Leon Trakman, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law* (Littleton, Colo.: Fred B. Rothman and Co., 1983); Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983); y Bruce L. Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", *Southern Economic Journal* 55 (enero de 1989).
5. Jerold S. Auerbach, *Justice Without Law* (Nueva York: Oxford University Press, 1983), p. 113.
6. Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law"; Gary Pruitt, "California's Rent-a-Judge Justice", *Journal of Contemporary Studies* 5 (primavera de 1982) 49-57; y Richard Koenig, "More Firms Turn to Private Courts to Avoid Expensive Legal Fights", *Wall Street Journal* (4 de enero de 1984).
7. Ricks y otros, *Principles of Security*, p. 13, y Norman K. Bottom y John Kostanoski, *Security and Loss Control* (Nueva York: Macmillan Publishing Co., 1983), pp. 31-32.
8. Véase, por ejemplo, *Research and Forecasts, Inc. America Afraid: How Fear of Crime Changes the Way We Live*, Based on the Widely Publicized Figgie Report (Nueva York: New America Library, 1983). Este tipo de acciones por parte de los individuos se analizan en profundidad en el capítulo 9.
9. Lawrence Sherman, "Patrol Strategies for Police", en *Crime and Public Policy*, James Q. Wilson, ed. (San Francisco: Institute for Contemporary Studies Press, 1983), p. 145.
10. *Research and Forecasts, Inc. America Afraid: How Fear of Crime Changes the Way We Live*, p. 105. Este tipo de estimaciones han sido realizadas por muchos otros, incluyendo fuentes gubernamentales. Véase, por ejemplo, *President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, The Challenge of Crime in a Free Society* (Nueva York: Arno Press, 1967), p. 22.
11. *Research and Forecasts, Inc., ibid.*, p. 105.
12. Departamento de Justicia de EE.UU., *Uniform Crime Reports*, para varios años (ver tabla 12.1); Robert W. Poole, Jr., *Cutting Back City Hall* (Nueva York: Universe Books, 1978), p. 52.
13. *Research and Forecasts, Inc. America Afraid: How Fear of Crime Changes the Way We Live*, p. 105.
14. A. L. Stinchcombe, et al., *Crime and Punishment-Changing Attitudes in America* (San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1980), p. 31.
15. Departamento de Justicia de los Estados Unidos, *Source Book of Criminal Justice Statistics-1986* (Washington, D.C.: Bureau of Justice Statistics, 1987), pp. 86-87.
16. M. Blumenthal, et al., *Justifying Violent Crime: Attitudes of American Men* (Ann Arbor, Mich.: Institute for Social Research, 1972), p. 83.
17. *Research and Forecasts, Inc. America Afraid: How Fear of Crime Changes the Way We Live*, p. 102.
18. Departamento de Justicia de los Estados Unidos, *Sourcebook of Criminal Justice Statistics-1976* (Washington, D.C.: Bureau of Justice Statistics, 1977).
19. J. L. Barkas, *Protecting Yourself Against Crime*, Public Affairs Pamphlet No. 564 (Nueva York: The Public Affairs Committee, Inc., 1978), p. 20.
20. Yankelovich, Skelly and White, Inc., *The Public Image of Courts: Highlights of a National Survey of the General Public, Judges, Lawyers and Community Leaders* (Williamsburg, Va.: National Center for State Courts, 1978), Tabla III.6, p. 25 y Tabla IV.1, p. 29.
21. Por ejemplo, véase la discusión en Robert W. Poole, Jr., "Can Justice Be Privatized?" *Fiscal Watchdog* 49 (noviembre de 1980), p. 2; y William C. Wooldridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man* (New Rochelle, N.Y.: Arlington House, 1970), p. 1.

PRIMERA PARTE

DE LA JUSTICIA VOLUNTARIA
A LA JUSTICIA AUTORITARIA

CAPÍTULO 1

SISTEMAS JURÍDICOS CONSUETUDINARIOS DE ADHESIÓN VOLUNTARIA

INTRODUCCIÓN

Es una creencia muy extendida la de que las leyes y el Estado se desarrollan juntos y, por consiguiente, que el orden público no podría existir en sociedades sin las autoritarias y rígidas instituciones del Estado. Una de las formas de desvanecer esta ilusión es hacer ver que una nación-estado no es un requisito imprescindible para que exista el derecho. Pero, en primer lugar, es necesario saber qué se entiende por «derecho» y cómo funcionan los sistemas jurídicos.

El Derecho consuetudinario

Si el derecho está representado simplemente por cualquier sistema de reglas, como algunos han sugerido,¹ entonces "moralidad" y derecho parecerían ser sinónimos. Lon Fuller sostuvo que el "derecho", cuando es más apropiado ". . . visto como una dirección del esfuerzo humano intencional, consiste en la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las reglas".² El derecho consiste tanto en reglas de conducta como en los mecanismos o procesos de aplicación de esas reglas. Los individuos deben tener incentivos para reconocer las reglas de conducta o las reglas se vuelven irrelevantes, por lo que son necesarias las instituciones para su aplicación. Del mismo modo, cuando las implicaciones de las normas existentes no están claras, se necesitan instituciones de resolución de conflictos. A medida que las condiciones cambian, deben existir mecanismos para el desarrollo de nuevas normas y la modificación de las antiguas. Así pues, los sistemas jurídicos presentan características estructurales muy similares.³ La definición de derecho de Fuller se acepta aquí, en parte porque permite que el análisis del derecho se centre en las instituciones que participan en la producción y aplicación de las normas jurídicas, y en los incentivos que conducen al desarrollo de esas instituciones y que surgen como consecuencia de ellas. Es decir, se presta a un análisis económico de la empresa del derecho.

El derecho puede ser impuesto desde arriba por alguna autoridad coercitiva, como un rey, una legislatura o un tribunal supremo, o el derecho puede desarrollarse "desde el suelo" a medida que evolucionan las costumbres y la práctica.⁴ El derecho impuesto desde arriba - el derecho autoritario- suele requerir el apoyo de una minoría poderosa; el derecho desarrollado desde abajo -el derecho consuetudinario- requiere una aceptación generalizada. Hayek explicó que muchas cuestiones de derecho no son

si las partes han abusado de la voluntad de alguien, sino si sus acciones se han ajustado a las expectativas que otras partes se habían formado razonablemente porque correspondían a las prácticas en las que se basaba la conducta cotidiana de los miembros del grupo. La importancia de las costumbres en este caso es que dan lugar a expectativas que guían las acciones de las personas, y lo que se considerará vinculante serán, por tanto, aquellas prácticas con las que todo el mundo cuenta para ser observadas y que, por tanto, condicionan el éxito de la mayoría de las actividades.⁵

El derecho consuetudinario se reconoce, no porque esté respaldado por el poder de algún individuo o institución fuerte, sino porque cada individuo reconoce los beneficios de comportarse de acuerdo con las expectativas de otros individuos, dado que los demás también se comportan como él espera. Por el contrario, si una minoría impone coactivamente la ley desde arriba, esa ley requerirá mucha más fuerza para mantener el orden social que la que se necesita cuando la ley se desarrolla desde abajo a través del reconocimiento y la aceptación mutuos.

Las reciprocidades son la fuente básica tanto del reconocimiento del deber de obedecer la ley como del cumplimiento de la misma en un sistema de derecho consuetudinario. Es decir, los individuos deben "intercambiar" el reconocimiento de ciertas normas de comportamiento en beneficio mutuo. Fuller sugirió tres condiciones que hacen que un deber sea claro y aceptable para los afectados:

En primer lugar, la relación de reciprocidad de la que surge el deber debe ser el resultado de un acuerdo voluntario entre las partes inmediatamente afectadas; ellas mismas "crean" el deber. En segundo lugar, las prestaciones recíprocas de las partes deben ser, en cierto sentido, de igual valor. . . . No podemos hablar aquí de una identidad exacta, ya que no tiene ningún sentido intercambiar, por ejemplo, un libro o una idea a cambio de exactamente el mismo libro o idea. El vínculo de la reciprocidad une a los hombres, no simplemente a pesar de sus diferencias, sino a causa de sus diferencias. . . . En tercer lugar, las relaciones dentro de la sociedad deben ser lo suficientemente fluidas como para que el mismo deber que tú me debes hoy, yo te lo deba mañana; es decir, la relación del deber debe ser, en teoría y en la práctica, reversible.⁶

Dado que la fuente de reconocimiento del derecho consuetudinario es la reciprocidad, es probable que los derechos de propiedad privada y los derechos de los individuos constituyan las normas de conducta primarias más importantes en dichos sistemas jurídicos. Al fin y al cabo, es probable que el reconocimiento voluntario de las leyes y la participación en su aplicación sólo surjan cuando cada individuo pueda interiorizar los beneficios sustanciales que se derivan de ello. El castigo es con frecuencia la amenaza que induce al reconocimiento de la ley impuesta desde arriba, pero los incentivos deben ser en gran medida positivos cuando prevalece el derecho consuetudinario. Los individuos deben esperar ganar tanto o más que los costes que soportan de la participación voluntaria en el sistema legal. La protección de la propiedad personal y de los derechos individuales es un beneficio muy atractivo.

En el derecho consuetudinario, las infracciones se tratan como agravios (daños o lesiones privadas) y no como delitos (ofensas contra el Estado o la "sociedad"). Una acción potencial de una persona tiene que afectar a otra antes de que pueda plantearse cualquier cuestión de legalidad; cualquier acción que no lo haga, como lo que hace una persona sola o en cooperación voluntaria con otra pero de una manera que claramente no perjudica a nadie, no es probable que se convierta en objeto de una norma de conducta según el derecho consuetudinario. Fuller propuso que el "derecho consuetudinario" podría describirse mejor como un "lenguaje de interacción".⁷ La facilitación de la interacción sólo puede lograrse con el reconocimiento de códigos de conducta claros (aunque no necesariamente escritos) aplicados mediante acuerdos de adjudicación recíprocamente aceptables y bien establecidos, acompañados de sanciones legales eficaces.

James Buchanan se preguntaba, si se dismantela el gobierno, "¿cómo resurgen los derechos y llegan a imponer respeto? ¿Cómo surgen las "leyes" que conllevan el respeto general por su "legitimidad"?"⁸ Sostuvo que la acción colectiva sería necesaria para concebir

un "contrato social" o "constitución" que definiera los derechos y estableciera las instituciones para hacerlos valer. Pero la acción colectiva puede lograrse mediante acuerdos individuales, con reglas útiles que se extienden a otros miembros de un grupo. Demsetz explicó que los derechos de propiedad se definirán cuando los beneficios de hacerlo cubran los costes de definir y hacer cumplir esos derechos.⁹ Dichos beneficios pueden hacerse evidentes porque surge una disputa, lo que implica que las normas existentes no cubren adecuadamente alguna situación nueva. Las partes implicadas deben esperar que los beneficios de la resolución de la disputa (por ejemplo, evitar un enfrentamiento violento), y del establecimiento de una nueva norma, superen el coste de la resolución de la disputa y de la ejecución de la sentencia resultante, o no la llevarían al sistema de adjudicación.

La resolución de litigios puede ser una fuente importante de cambios jurídicos, ya que un árbitro suele precisar las normas sobre las que existen diferencias de opinión, e incluso aportar nuevas normas porque ninguna norma generalmente reconocida cubre una nueva situación.¹⁰ Si el grupo correspondiente acepta el fallo, éste pasa a formar parte del derecho consuetudinario, pero no porque sea impuesto coercitivamente a un grupo por alguna autoridad que respalde al tribunal. Así, las buenas normas que facilitan la interacción tienden a seleccionarse con el tiempo, mientras que las malas decisiones se ignoran.

La resolución de disputas no es la única fuente de evolución jurídica en el derecho consuetudinario. Los individuos pueden observar a otros que se comportan de una manera particular en una nueva situación y adoptar ellos mismos un comportamiento similar, reconociendo el beneficio de evitar la confrontación. Las instituciones para el cumplimiento de la ley también evolucionan debido al reconocimiento de los beneficios recíprocos.

Consideremos el desarrollo de los procedimientos de resolución de conflictos. En un sistema consuetudinario no existe una autoridad coercitiva similar a la del Estado para obligar a los litigantes a acudir a un tribunal. Dado que las normas del derecho consuetudinario tienen la naturaleza de agravios, la parte agraviada debe perseguirlos. En estas circunstancias, los individuos tienen fuertes incentivos recíprocos para formar grupos de apoyo mutuo en asuntos legales. La composición de estos grupos puede reflejar la familia (como ocurría con frecuencia en las sociedades primitivas),¹¹ la religión (como en algunos grupos primitivos),¹² la proximidad geográfica (como en la Inglaterra anglosajona),¹³ la similitud funcional (como en el derecho comercial),¹⁴ o los acuerdos contractuales (por ejemplo, como en la Irlanda medieval y en la Islandia medieval).¹⁵ Los miembros del grupo están obligados a ayudar a cualquier otro miembro en una disputa válida, dado que éste ha cumplido sus obligaciones en el pasado. Así, la capacidad de obtener ayuda en una disputa depende de la lealtad recíproca.¹⁶

En caso de que surja una disputa, los grupos de apoyo recíproco dan a los individuos una posición de fuerza. Sin embargo, esto no significa necesariamente que las disputas se resuelvan mediante la guerra entre grupos. La violencia es un medio costoso para resolver una disputa: si el acusador y su grupo de apoyo atacan al acusado, el grupo del acusado está obligado a vengar el ataque. En consecuencia, los acuerdos y procedimientos para la resolución no violenta de disputas deberían evolucionar muy rápidamente en los sistemas de derecho consuetudinario.

El impulso para aceptar la adjudicación en un sistema jurídico consuetudinario (al igual que en un sistema autoritario) es la amenaza omnipresente de la fuerza, pero el uso de dicha fuerza no suele ser la norma. Más bien hay que negociar un acuerdo entre las partes. A menudo, se elige un árbitro o mediador mutuamente aceptable para examinar el conflicto, pero este individuo (o grupo) no tendrá autoridad para imponer una solución a los contendientes. Por lo tanto, el fallo debe ser aceptable para los grupos a los que pertenecen ambas partes en la disputa. El único poder real que tiene un árbitro o mediador en este sistema es el de la persuasión.¹⁷

Si el acusado es declarado culpable, el "castigo" tiende a ser de naturaleza económica: restitución en forma de multa o indemnización a pagar al demandante. La responsabilidad, la intención, el valor de los daños y la condición de la persona ofendida pueden considerarse para determinar la indemnización. Toda invasión de la persona o la propiedad se valora generalmente en términos de propiedad.

Una sentencia según el derecho consuetudinario suele ser ejecutable debido a la amenaza efectiva de ostracismo total por parte de la comunidad (por ejemplo, la tribu primitiva, la comunidad de comerciantes). Las reciprocidades entre los grupos, reconociendo el alto coste de la negativa a aceptar las buenas sentencias, lleva a los que rechazan dicha sentencia fuera de su grupo de apoyo y se convierten en parias o "proscritos". Las soluciones adjudicadas tienden a ser aceptadas por temor a esta severa sanción de boicot.

Carl Menger propuso que el origen, la formación y el proceso final de todas las instituciones sociales (incluido el derecho) es esencialmente el mismo que el orden espontáneo que Adam Smith describió para los mercados.¹⁸ Los mercados coordinan las interacciones, al igual que el derecho consuetudinario. Ambos se desarrollan como lo hacen porque las acciones que pretenden coordinar se llevan a cabo más eficazmente bajo un sistema o proceso que otro. El acuerdo institucional más eficaz sustituye al menos eficaz.

El proceso evolutivo no es un diseño deliberado. En el caso de las sociedades primitivas, por ejemplo, los primeros grupos de parentesco o de vecindad eran acuerdos sociales eficaces para internalizar los beneficios legales recíprocos -así como otros beneficios derivados de la producción cooperativa, la defensa, las prácticas religiosas, etc.- en relación con los acuerdos previamente existentes. Otros vieron algunos de esos beneficios y se unieron a los grupos existentes o copiaron sus características exitosas y formaron nuevos grupos. Ni los miembros de los primeros grupos ni los que les siguieron tenían que entender qué aspecto concreto del contrato facilitaba realmente las interacciones que conducían a un orden social mejorado. Un ejemplo de sistema legal primitivo se revela en el trabajo de Leopold Popisil con los papúes kapauku de Nueva Guinea Occidental.

Los papúes de la "common law"

En 1954, Popisil comenzó a investigar entre los papúes kapauku, un grupo lingüístico primitivo de unas 45.000 personas que viven de la horticultura en la parte occidental de las tierras altas centrales de Nueva Guinea Occidental. Descubrió que sus acuerdos recíprocos de apoyo y protección se basaban en el parentesco. Sin embargo, los miembros de dos o más patrilinajes solían unirse con fines defensivos y legales, aunque a menudo pertenecieran a diferentes hermanos. Estas "confederaciones" solían abarcar de tres a nueve aldeas, y cada una de ellas estaba formada por unos quince hogares.

Los kapauku no tenían una autoridad gubernamental formal con poder coercitivo. La mayoría de los observadores concluyeron que había una falta de liderazgo entre esas personas, pero un administrador holandés señaló que "hay un hombre que parece tener cierta influencia sobre los demás. Se le conoce con el nombre de tonowi, que significa "el rico". Sin embargo, dudaría en llamarlo jefe o líder; primus inter pares [el primero entre iguales] sería una designación más apropiada para él".¹⁹ Popisil sugirió que para entender el papel y el prestigio del tonowi hay que reconocer dos "valores básicos" de los kapauku: el individualismo y la libertad física. Por ejemplo, era evidente un sistema detallado de derechos de propiedad privada, y no existía la propiedad común.

La casa, la barca, el arco y las flechas, el campo, los cultivos, las parcelas de bosque de segunda mano o incluso la comida compartida por una familia o un hogar son siempre propiedad de una sola persona. La propiedad individual. ...es tan amplia en el valle de

Kamu que encontramos los bosques vírgenes divididos en extensiones que pertenecen a individuos individuales. Los parientes, los esposos y las esposas no poseen nada en común. Incluso un niño de once años puede ser dueño de su campo y de su dinero y desempeñar también el papel de deudor y acreedor.²⁰

El papel primordial de los derechos individuales también era evidente en la posición del tonowi, normalmente "un hombre sano en la flor de la vida" que había acumulado una buena cantidad de riqueza. Era, según Popisil, "un individuo que tiene una gran cantidad de dinero en cáscaras de vaca, amplio crédito, varias esposas, aproximadamente veinte cerdos, una casa razonablemente grande y muchos campos cultivados".²¹ La riqueza individual dependía casi siempre del esfuerzo y la habilidad del trabajo, por lo que un tonowi era generalmente un individuo maduro y hábil con considerables capacidades físicas e intelectuales. Pero no todos los tonowi alcanzaban el respeto necesario para asumir el liderazgo. "La forma en que se adquiere el capital y cómo se utiliza marca una gran diferencia", concluye Popisil; "los nativos favorecen a los candidatos ricos que son generosos y honestos. Estos dos atributos son muy valorados por la cultura".²²

Cada individuo de la sociedad podía optar por contratar a cualquier tonowi disponible (la disponibilidad generalmente implicaba el parentesco). Normalmente, los seguidores se convertían en deudores de un tonowi a cambio de aceptar realizar ciertas tareas en apoyo del mismo. Sin embargo, los seguidores obtenían mucho más que un préstamo: "La expectativa de futuros favores y ventajas es probablemente la motivación más potente para la mayoría de los seguidores del jefe. . . . Incluso los individuos de las confederaciones vecinas pueden ceder a los deseos de un tonowi en caso de que su ayuda sea necesaria en el futuro".²³ Así pues, el liderazgo de los tonowi se daba, no se tomaba, y reflejaba en gran medida la capacidad de "persuadir a la unidad para que apoye a un hombre en una disputa o para que luche por su causa".²⁴ Así, esta posición de liderazgo se lograba mediante el intercambio recíproco de apoyo entre un tonowi y sus seguidores, apoyo que podía ser retirado libremente por cualquiera de las partes (por ejemplo, al pagar una deuda o exigir su devolución).²⁵ La informalidad y las características contractuales del liderazgo kapauku llevaron a muchos observadores occidentales a concluir que la sociedad kapauku carecía de derecho, pero hay pruebas claras de que el derecho era reconocido y de que existían procesos de adjudicación y cambio en el sistema legal de los kapauku.

Reconocimiento. El reconocimiento de la ley se basaba en el parentesco y las reciprocidades contractuales motivadas por los beneficios de los derechos individuales y la propiedad privada. De hecho, existía una "codificación mental de reglas abstractas", de modo que las decisiones legales formaban parte de un "orden vigente".²⁶ Las frases gramaticales o las referencias a costumbres, precedentes o reglas específicas estaban presentes en todas las decisiones judiciales que Popisil observó. Concluyó: "una decisión jurídica no sólo resuelve un caso concreto, sino que también formula un ideal, una solución destinada a ser utilizada en una situación similar en el futuro. El componente ideal vincula a todos los demás miembros del grupo que no participaron en el caso considerado. El propio [juzgador] se remite a sus decisiones anteriores en busca de coherencia. En cierto modo, también le vinculan a él. Los abogados hablan en este caso de la fuerza vinculante del precedente".²⁷

Adjudicación. El "proceso de la ley" de Kapauku parece haber estado muy estandarizado, casi hasta el punto de ser un ritual. Por lo general, comenzaba con una fuerte disputa en la que el demandante acusaba al demandado de haber cometido un acto perjudicial, mientras que éste respondía con negaciones o justificaciones. La disputa incluía gritos fuertes para atraer a otras personas, incluidos uno o más tonowi. Los parientes cercanos y los amigos de los implicados en la disputa presentaban opiniones y testimonios en

discursos fuertes y emotivos. El tonowi generalmente escuchaba hasta que el intercambio se acercaba a la violencia, momento en el que comenzaba a argumentar. Si esperaba demasiado, podían producirse "peleas de palos" o incluso una guerra, pero esto era poco frecuente (Popisil observó 176 resoluciones de disputas que implicaban "casos difíciles"; sólo cinco llevaron a peleas de palos y una acabó en guerra).²⁸ El tonowi comenzaba por "amonestar" a los contendientes para que tuvieran paciencia y luego procedía a interrogar al acusado y a varios testigos. Buscaba pruebas en el lugar del delito o en la casa del acusado. Popisil informó: "Una vez obtenidas las pruebas y decidido el fondo fáctico de la disputa, la autoridad inicia la actividad llamada por los nativos boko duwai, el proceso de tomar una decisión e inducir a las partes en la disputa a seguirla".²⁹ El tonowi resume entonces las pruebas, apela a las normas y precedentes pertinentes y sugiere lo que debe hacerse.

Cuando se juzgaba a un kapauku como culpable, se le castigaba. Las sanciones variaban considerablemente en función del delito. Sin embargo, a pesar del uso de una amplia gama de sanciones, la preocupación primordial de los kapauku por la libertad individual excluía el encarcelamiento, y no se permitía ni la tortura ni el daño físico. Como ocurre con las sociedades primitivas en general, "las sanciones económicas son, con mucho, las preferidas entre los kapauku".³⁰ Popisil observó varios casos en los que simplemente se ordenaba al acusado que pagara la suma estipulada en un contrato roto o que hiciera una restitución monetaria. A veces se pedía a los acusados que devolvieran los préstamos a sus tonowi, perdiendo así su acuerdo recíproco de protección.

Los kapauku recurrían a veces a los castigos físicos, pero en cierto sentido, su uso de los castigos físicos reflejaba en realidad el papel primordial de los derechos individuales. Los acusados a menudo podían elegir entre una sanción económica y una física, y podían sopesar los costes personales y familiares de las alternativas. Una forma de sanción física era golpear la cabeza y los hombros del infractor con un palo. Los infractores no estaban limitados, por lo que podían defenderse; pero en todos los casos que Popisil observó, se sometieron sin plantear una defensa.

Al parecer, el pago económico se consideraba una sanción insuficiente para unos pocos delitos, pero incluso en estos casos, "se mataba a un criminal atroz o a un enemigo capturado, pero nunca se le torturaba ni se le privaba de libertad".³¹ En consonancia con el énfasis en la libertad individual, la matanza generalmente tenía lugar en una emboscada con arco y flecha: "Un culpable. ...siempre tendría la oportunidad de huir o defenderse".³²

El ostracismo adoptaba una de las dos formas generales. En primer lugar, "la más temida y temible de las sanciones psicológicas y sociales de los kapauku es la reprimenda pública".³³ Asimismo, también podía emplearse el castigo por brujería o a través de los espíritus ayudantes del chamán, siendo "la enfermedad y la muerte [el] efecto último (psicosomático) de este castigo 'sobrenatural'".³⁴ En segundo lugar, cuando el delincuente no aceptaba un juicio que el grupo consideraba justo, podía ser declarado proscrito. Sus acuerdos recíprocos de protección dejaban de estar en vigor, por lo que cualquier miembro de la confederación estaba obligado a perseguirlo, ya sea matándolo o expulsándolo de la zona (lo que presumiblemente también llevaría a su muerte).

¿Y si un tonowi era ineficaz o deshonesto en su función legal? Está claro que el cambio de liderazgo era posible; de hecho, uno de los propósitos del procedimiento kapauku que implicaba la articulación de las leyes pertinentes por parte del tonowi era lograr la aceptación pública de su fallo. Después de todo, una fuente de "la afinidad entre la legalidad y la justicia consistía simplemente en el hecho de que una norma articulada y dada a conocer permite al público juzgar su equidad".³⁵

Dentro del Kapauku, "cada subgrupo que funciona. . . tiene su propio sistema legal que es necesariamente diferente en algunos aspectos de los de los otros subgrupos. . . . Porque un

individuo. . . es simultáneamente miembro de varios subgrupos de diferente inclusividad (por ejemplo, un Kapauku es miembro de su hogar, sublinaje, linaje y confederación política. .) está sujeto a todos los diferentes sistemas legales de los subgrupos de los que es miembro".³⁶ También había diferencias entre las leyes de estos sistemas jurídicos, por lo que un individuo estaba sujeto a varios sistemas jurídicos con leyes diferentes. Podría parecer que los conflictos jurisdiccionales surgirían en tales circunstancias. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la multiplicidad de sistemas jurídicos es la norma tanto en las sociedades primitivas como en las modernas dominadas por el Estado,³⁷ porque el espectro de las interacciones va desde la intimidad en un extremo (por ejemplo, las relaciones familiares), pasando por las interacciones de extraños amistosos (por ejemplo, las transacciones comerciales) hasta la hostilidad en el otro (por ejemplo, los enemigos o las naciones hostiles). La naturaleza de la interacción cambia sustancialmente de un nivel a otro, por lo que la facilitación eficaz de estos distintos tipos de interacción exige leyes y procedimientos diferentes.³⁸

Entre los kapauku, un individuo sólo podía ser juzgado por un tonowi del grupo al que pertenecía. Así, una disputa era considerada por el tonowi del grupo menos inclusivo que incluía a ambos litigantes como miembros.³⁹ El estatus de los tonowi era acumulativo, y la designación de tonowi de un grupo relativamente inclusivo (por ejemplo, una confederación) se otorgaba al tonowi del subgrupo constitutivo más grande. Si dos litigantes pertenecían a la misma familia, la jurisdicción para el litigio se situaba en el nivel de la familia; dos partes de diferentes familias pero del mismo sublinaje eran juzgadas por un tonowi de ese sublinaje; y así sucesivamente. El tonowi de una confederación podría considerarse una especie de "jefe de justicia", pero no había apelación de un nivel a otro, por lo que sólo juzgaba los casos en los que los litigantes no eran del mismo linaje.⁴⁰

Los tipos de derecho juzgados y los tipos de sanciones que podían emplearse variaban de un nivel a otro.⁴¹ Las disputas por la negativa a cooperar económicamente, las infracciones de la etiqueta y las riñas verbales, por ejemplo, sólo se juzgaban a nivel familiar; los crímenes de guerra y la deslealtad sólo se juzgaban a nivel de confederación. Así, las normas de adjudicación entre los kapauku incluían delimitaciones jurisdiccionales detalladas y claramente especificadas.

Cambio. La ley kapauku no era estática, y Popisil documentó dos formas en las que podía producirse la "legislación". En primer lugar, la ley podía cambiar a medida que cambiaban las costumbres. Por ejemplo, antes de 1954 una mujer adúltera era ejecutada por su marido. Pero a medida que aumentaba el precio de las esposas, los hombres -sobre todo los relativamente pobres- se daban cuenta de que la sanción era demasiado costosa y el castigo se cambiaba por golpear o quizás herir a la adúltera. La nueva sanción consuetudinaria fue confirmada por los tonowi en cuatro casos de adulterio observados por Popisil durante 1954-1955: "Así, lo que empezó como una práctica más económica entre los maridos más pobres se convirtió en derecho consuetudinario al incorporarse a las decisiones legales".⁴² De forma similar, una ley puede perder su apoyo popular y ser abolida.

Un segundo procedimiento para el cambio legal se observó cuando un cambio en las leyes de incesto de un linaje fue el resultado de una "legislación exitosa" por parte de un tonowi del sub linaje. Popisil informó: "Consiguió cambiar una antigua norma de exogamia entre hermanos por una nueva ley que permitía los matrimonios intrasubjetivos tan cercanos como entre primos segundos".⁴³ Esta legislación no obligó a cumplirla a los demás, pero su aceptación se extendió a medida que los individuos la adoptaron voluntariamente. Primero la adoptó el tonowi, luego los jóvenes de su sublinaje y, finalmente, los tonowi de otros

sublinajes dentro del mismo linaje. El jefe de la confederación también acabó aceptando la nueva ley, pero otros linajes de la misma confederación no lo hicieron. Así, las leyes sobre el incesto variaban entre los linajes de una misma confederación. Este cambio legal fue una innovación legal intencionada iniciada por un tonowi, aunque su adopción fue voluntaria.

El derecho en las sociedades primitivas: Algunas generalizaciones. Debido a que muchos científicos sociales y estudiosos del derecho creen que las sanciones físicas administradas por una autoridad coercitiva son el criterio básico del derecho, muchas sociedades primitivas han sido consideradas como "sin ley". El ejemplo de la ley entre los kapauku desmiente claramente esta opinión, y es sólo un ejemplo entre muchos otros.⁴⁴ Como explicó Hoebel, en prácticamente todas las sociedades primitivas

el grupo comunitario, aunque puede ser etnológicamente un segmento de una tribu, es autónomo y políticamente independiente. No existe un estado tribal. El liderazgo reside en los jefes de familia o de grupo local que tienen poca autoridad coercitiva y, por tanto, carecen tanto de medios para explotar como de medios para juzgar. No son elegidos explícitamente para el cargo, sino que dirigen por el consentimiento tácito de sus seguidores, y pierden su liderazgo cuando su pueblo empieza a no aceptar sus sugerencias. . . . Así las cosas, su liderazgo se limita a la acción en asuntos rutinarios. El tirano patriarcal de la horda primitiva no es más que un producto de la especulación del siglo XIX. . . . Pero la anarquía primitiva no significa desorden.⁴⁵

El sistema jurídico evidente en la cultura kapauku -y en muchas otras sociedades primitivas- presenta varias características: 1) reglas primarias caracterizadas por una preocupación predominante por los derechos individuales y la propiedad privada; 2) responsabilidad de la aplicación de la ley que recae en la víctima, respaldada por acuerdos recíprocos de protección y apoyo en una disputa; 3) procedimientos adjudicativos estándar establecidos para evitar formas violentas de resolución de disputas; 4) delitos tratados como agravios y típicamente castigados con pagos económicos en concepto de restitución; 5) fuertes incentivos para someterse al castigo prescrito cuando se es culpable de un delito debido a la amenaza de ostracismo social establecida recíprocamente; y 6) cambio legal que surge a través de un proceso evolutivo de desarrollo de costumbres y normas.⁴⁶

Al estudiar los incentivos y las instituciones del derecho primitivo, se hace evidente que precisamente los mismos tipos de sistemas jurídicos consuetudinarios han existido en sociedades más complejas, desde la Islandia medieval, la Irlanda y la Inglaterra anglosajona hasta el desarrollo del mercader de leyes medieval, e incluso en la frontera occidental de los Estados Unidos durante el siglo XIX.⁴⁷

Los inicios de la common law

El derecho anglosajón anterior a la invasión normanda tenía prácticamente todas las características de los sistemas jurídicos primitivos. Las pruebas de la naturaleza del derecho inglés primitivo proceden principalmente de unos pocos "códigos" compilados por los reyes que ascendieron al poder durante el período anglosajón tardío. Además, después de la conquista normanda se redactaron varios tratados o costumales en un esfuerzo por recopilar el derecho consuetudinario de la época, gran parte del cual era de origen anglosajón.⁴⁸ Sir James Stephen concluyó en 1883 que "la impresión general que produce [una de esas compilaciones] es que [los anglosajones] tenían una abundancia de costumbres y leyes suficientemente bien establecidas para fines prácticos".⁴⁹ Del mismo modo, Sir Frederick Pollock y Frederick Maitland conjeturaron que "las leyes anglosajonas escritas. . .son meras

superestructuras sobre una base mucho más amplia de costumbres".⁵⁰

Los primeros códigos no definían los delitos, pero sí definían como ilegales una gran proporción de los delitos que aparecen en un código penal moderno.⁵¹ De hecho, las leyes anglosajonas estaban muy preocupadas por la protección de los individuos y sus propiedades. En particular, las ofensas contra las personas están minuciosamente previstas en las leyes que delinear el pago económico apropiado para el homicidio, varios tipos de heridas, la violación y los ataques indecentes. Del mismo modo, el robo se trataba ampliamente en los códigos. El derecho de la propiedad no estaba escrito, por lo que se pueden encontrar pocos detalles específicos, pero el derecho de posesión era claramente el concepto principal del derecho de la propiedad:

es la posesión lo que hay que defender o recuperar, y poseer sin disputa, o por adjudicación judicial después de una disputa real o fingida es el único fundamento seguro del título y el fin de la contienda. Debe admitirse un derecho a poseer, distinto de la posesión real, si existe alguna norma de reparación judicial; pero es sólo a través de la concepción de ese derecho específico que la propiedad encuentra algún lugar en el derecho germánico puro [y, por tanto, anglosajón]. Aquellos que han estudiado el aprendizaje moderno de los derechos posesorios y los remedios son conscientes de que nuestro common law nunca ha abandonado realmente este punto de vista.⁵²

Nótese la sorprendente similitud en el énfasis en el daño individual y la propiedad entre el derecho consuetudinario anglosajón y germánico y las leyes de las sociedades primitivas. Las primitivas tribus alemanas de las que descienden los anglosajones tenían el parentesco como base para el reconocimiento recíproco y la aplicación de la ley.⁵³ La parentela era recíprocamente responsable de la protección y de la persecución cuando se producía un delito, y la persecución con éxito daba lugar al pago de una restitución definida por un sistema de wergeld o precio al hombre (wer).⁵⁴ Sin embargo, se trataba de algo más que de acuerdos policiales recíprocos, ya que también implicaban claramente una responsabilidad de garantía. Como señaló Lyon, la parentela tenía el "deber de reparar" las ofensas de uno de sus miembros.⁵⁵ Los anglosajones llevaron este sistema a Inglaterra, y no cabe duda de que "la parentela es uno de los principales vínculos de la sociedad anglosajona y uno de los fundamentos de su derecho. . . . [El kindred era un grupo tan poderoso y tan arraigado por la costumbre y la tradición que nunca cedió completamente la prioridad al gobierno]."⁵⁶

Cuando los anglosajones se adentraron en Gran Bretaña después del año 450 d.C., generalmente estaban dirigidos por jefes de guerra tribales. Las tribus germanas se dividían en pagi, cada uno de los cuales estaba formado por vici. Lyon sugirió que un pagus podría estar formado por cien hombres o familias, mientras que el vici era una subdivisión del pagus responsable de la aplicación de la ley.⁵⁷ Es posible que estos vici estuvieran vinculados por el parentesco. Como explicó J. H. Baker, las reuniones públicas se celebraban para

. . . animar a las partes a resolver sus diferencias o, al menos, a someterlas a arbitraje. Las partes pueden exponer sus quejas ante sus semejantes y, con el asesoramiento de la comunidad, quizá lleguen a un acuerdo. Si las partes no se ponen de acuerdo, la comunidad no actúa como juez o jurado, pero puede acordar la prueba que las partes, o una de ellas, debe realizar para establecer la verdad del asunto. Los procedimientos de este tipo no evolucionan a través de la coacción, pero las partes que no cooperan pueden quedar fuera de la protección de la comunidad.⁵⁸

En el siglo X, en gran parte de la Gran Bretaña anglosajona, existía una institución jurídica claramente reconocida, denominada "cien". Los objetivos principales de estas organizaciones eran acorrallar al ganado extraviado e impartir justicia.⁵⁹ Un miembro de la centena, el "hundredmann", era reconocido como un funcionario principal que era informado cuando se producía un robo y que informaba a los hombres de los diversos "tithings" que componían la centena y tenía el deber recíproco de perseguir al ladrón. Un diezmo no se basaba evidentemente en el parentesco (como puede haber sido el vici); aparentemente era un grupo de vecinos, muchos de los cuales probablemente eran parientes. A medida que las reciprocidades de parentesco se fueron rompiendo, quizá debido a la mayor movilidad, probablemente se organizaron grupos de vecinos. Estos grupos voluntarios estaban claramente concebidos como asociaciones cooperativas de protección y aplicación de la ley. Stephen los caracterizó como "el sistema policial del país, y en esa calidad [sus miembros] tenían varias obligaciones, de las cuales la más importante era la de levantar en caso de necesidad la voz de alarma, y rastrear a los ladrones y el ganado robado". Pero su papel iba mucho más allá de la vigilancia; también "hacían a cada uno responsable de todos sus vecinos".⁶⁰ El diezmo asumía las funciones legales de los vici.

Un individuo que no estaba vinculado a un grupo de este tipo era efectivamente un paria, obligado a ser autosuficiente, por lo que los individuos tenían fuertes incentivos para unirse a un grupo. Sin embargo, como los demás miembros del grupo proporcionaban un seguro (crédito) a todos los miembros, no aceptarían ni mantendrían a alguien que no tuviera buena reputación. En consecuencia, los miembros de una organización de seguros podían rechazar a alguien que cometiera una falta atroz,⁶¹ proporcionando fuertes incentivos para cumplir la ley.

Este saludable sistema tendía a reducir o impedir la introducción en cualquier sociedad de cualquier persona que no tuviera credenciales transferidas de una anterior participación pacífica en una asociación de fianza.

. . . Así, las relaciones sociales se mantenían sólo con las personas que compartían la protección de la fianza.⁶²

En efecto, todos los que querían participar y beneficiarse del orden social estaban vinculados.

Los diezmos y las organizaciones de cientos también desempeñaban la función judicial local.⁶³ Cuatro miembros de un diezmo servían como "pretendientes" de un tribunal de cien, junto con cuatro miembros de todos los demás diezmos dentro de la jurisdicción del tribunal. "El tribunal estaba formado por los demandantes colectivamente, pero parece que se instituyó un cuerpo representativo de doce como comité judicial del tribunal".⁶⁴ Este comité servía de árbitro en las disputas entre los miembros de los grupos de diezmos de la zona. Las disputas entre individuos que no se encontraban en la misma jurisdicción de la centuria eran tratadas por un tribunal de la comarca. Todos los demandantes en los tribunales de cien dentro de una comarca eran también demandantes en el tribunal de la comarca, pero de nuevo un comité de doce hombres cumplía la función de arbitraje judicial. Por encima del tribunal de la comarca había, al parecer, un tercer tribunal que se ocupaba de las disputas entre individuos que no residían en la jurisdicción de una comarca.⁶⁵

La organización de las centenas se ha caracterizado como una importante innovación implementada por los reyes anglosajones antes del siglo X, porque las centenas se describen en algunos de los primeros códigos del rey. Lyon ha argumentado, por ejemplo, que a medida que sus reinos crecían, los reyes necesitaban una forma de organizar el gobierno local, por lo que complementaron "los deberes de la parentela en materia de protección y vigilancia introduciendo. . . el diezmo".⁶⁶ Según este punto de vista, la legislación real

autoritaria "obligó" a los hombres libres a unirse en un acuerdo de garantía y a ejercer la función policial de los diezmos. Sin embargo, como señaló Blair, esta interpretación "confunde la naturaleza de los códigos legales anglosajones, que no estaban tan preocupados por la promulgación de nuevas leyes como por la codificación de las costumbres establecidas. Hay pocas dudas de que la centena [y el diezmo] funcionaban como una unidad" antes de que aparecieran en cualquier código.⁶⁷

Hay varias otras razones para creer que las disposiciones recíprocas anglosajonas se corresponden con las de las sociedades primitivas (y con las más avanzadas, como Islandia e Irlanda). Una de las principales razones para reconocer el deber recíproco en estos sistemas era que las ofensas eran tratadas como agravios con la restitución económica como principal forma de castigo. Así, las víctimas potenciales reconocían que, para recuperar sus pérdidas cuando se producía un delito, probablemente necesitarían el apoyo de la comunidad. En consecuencia, estaban obligadas a respaldar las reclamaciones de los demás de forma recíproca.

Unos siglos antes de que existieran los registros escritos, surgió un conjunto de normas bien establecidas.⁶⁸ Cuando surgía una disputa, se sometía a un arbitraje que terminaba con un pago prescrito para el ganador.⁶⁹ Los pagos monetarios podían hacerse por cualquier ofensa si era la primera que cometía el agresor.⁷⁰ "Un hecho de homicidio", por ejemplo, "puede pagarse con dinero...el agresor podía comprar la paz que había roto".⁷¹ La negativa a someterse al arbitraje daría lugar a un derecho legal del acusador a acabar con la vida del acusado.⁷² Asimismo, negarse a aceptar la multa monetaria ponía al acusador fuera de la ley.⁷³ La negativa de cualquiera de las partes a someterse a la decisión del tribunal, por lo tanto, conducía a la proscripción y a la posibilidad de un "pleito de sangre".

Algunos historiadores han considerado que la proscripción y la disputa de sangre eran las principales sanciones legales antes de los esfuerzos de los reyes por forzar la aceptación de la restitución económica.⁷⁴ Sin embargo, lo más probable es que, dados los incentivos que surgen en los sistemas jurídicos consuetudinarios y las instituciones resultantes del derecho primitivo, el "blood-feud" fuera un recurso válido sólo después de un intento de ir a juicio, mucho antes de que los reyes se convirtieran en activos en la ley. De este modo, se utilizaba el potencial de dicha violencia para forzar el cumplimiento de la sanción monetaria establecida por los tribunales.⁷⁵ Además, como los primeros códigos escritos eran articulaciones de costumbres existentes, el sistema de wergeld probablemente precedió a su aparición. Como ocurre con el derecho primitivo en general, la amenaza de la violencia se utilizaba para crear incentivos que pudieran conducir a un acuerdo pacífico. Además, un proscrito era condenado al ostracismo por la sociedad en general y la retribución física pasaba a ser responsabilidad de toda la comunidad. La amenaza del ostracismo social parece haber sido bastante severa, proporcionando incentivos muy fuertes para someterse y acatar los fallos del arbitraje.

Se desarrollaron instituciones para evitar la violencia incluso cuando una persona no podía pagar su multa. Por ejemplo, en el caso de ciertas infracciones que implicaban multas especialmente elevadas, parece que se concedía al infractor hasta un año para pagar.⁷⁶ Pero también había otra opción. "La esclavitud era una pena reconocida cuando el ladrón era incapaz de hacer la restitución. Esto, .podría considerarse como la entrega de la persona del deudor a modo de compensación más que un castigo en el sentido moderno".⁷⁷

En la época en la que se empezaron a registrar las leyes, los ealdormen (más tarde llamados condes) se habían convertido en los representantes designados por el rey en un condado y, en el siglo IX, en parte de la aristocracia. El cargo designado probablemente evolucionó a partir de un acuerdo tribal o de parentesco que implicaba a un individuo muy

respetado (anciano) cuya opinión tenía un peso especial en la comunidad (por ejemplo, como un tonowi entre los Kapauku).⁷⁸ Los primeros códigos dejan claro que "el ealdorman, y el rey en caso de necesidad, pueden ser llamados si el demandante no es lo suficientemente fuerte por sí mismo; en otras palabras, el contumaz negador de la justicia puede ser tratado como un enemigo de la mancomunidad".⁷⁹ Así, el proceso de ostracismo por el que un delincuente era convertido en un proscrito estaba respaldado por los miembros más poderosos de la sociedad anglosajona. Un delincuente fuerte podía resistirse si tenía poco que temer de sus vecinos, pero cuando toda su sociedad respaldaba el ostracismo era probablemente una amenaza muy importante. De hecho, si una víctima tenía que recurrir a un anciano (y, en última instancia, a un ealdorman o rey), el coste monetario para el infractor aumentaría considerablemente. No sólo tendría que pagar una restitución monetaria (wer) a la víctima o a sus parientes, sino también al individuo (wite) que utilizó su poder para lograr un acuerdo. Una vez que la realeza evolucionó, en realidad había tres tipos de multas:

Las multas se llamaban wer, bot y wite. El wer era un precio fijado a un hombre según su rango en la vida. Si era asesinado, el wer debía pagarse a sus parientes. Si era condenado por robo, en algunos casos debía pagar el importe de su wer a su señor o al rey. Si se le declaraba fuera de la ley, sus fiadores (borhs) podían tener que pagar su wer.

El bot era la indemnización a una persona perjudicada por un delito. Podía ser una tasa fija (angild); o al precio de mercado de los bienes robados (ceaf-gild).

Wite era una multa pagada al rey o a otro señor por un delito.⁸⁰

Hay que subrayar que los reyes y los ealdormen no tenían poderes soberanos para obligar a cumplir. El negocio del rey "no es ver que se haga justicia en su nombre en un curso ordinario, sino ejercer un poder especial reservado que un hombre no debe invocar a menos que haya fracasado en conseguir que su causa sea escuchada en la jurisdicción de su propio centenar".⁸¹ Esta institucionalización del papel del rey en el proceso de justicia, y en particular un pago al rey por desempeñar su función (wite), fue uno de los primeros pasos de lo que pronto sería una rápida extensión del papel del rey en el derecho.

En los siglos IX y X, Inglaterra era un reino (o a veces varios reinos) y los reyes anglosajones estaban claramente reconocidos, pero estas instituciones no se desarrollaron inicialmente con el propósito de que se hiciera justicia.

Alrededor del año 450 d.C., los caciques sajones o jutos dirigieron la primera de las partidas de incursión germánicas en Gran Bretaña; otras les siguieron rápidamente. Los caciques eran líderes de guerra a los que los hombres libres elegían seguir,⁸² y su mandato era temporal a menos que la guerra fuera continua. Sin embargo, para los anglosajones que se trasladaron a Gran Bretaña, la guerra se convirtió, al parecer, en algo prácticamente permanente, ya que se hacían continuos esfuerzos por ampliar las tierras. Así, los jefes de guerra exitosos se convirtieron en líderes más o menos permanentes y sus posesiones de tierras se expandieron. Por supuesto, la razón principal para seguir voluntariamente a un jefe de guerra era la anticipación de ganancias, en parte en forma de tierras. Siempre que surgen asociaciones voluntarias, los beneficios recíprocos deben ser significativos.

La palabra "rey" deriva de la antigua obra inglesa cyninge, y los primeros registros históricos se refieren a ceosan como cyninge, que significa "elegir como rey".⁸³ El "cargo" de los reyes no era necesariamente hereditario, y el nombramiento de un sucesor no era automático; tampoco se consideraba que la realeza fuera un cargo vitalicio. Al parecer, los reyes intentaron establecer un sistema de titularidad vitalicia y sucesión hereditaria desde muy temprano en el período anglosajón, pero estos esfuerzos nunca tuvieron un éxito completo.⁸⁴

La realeza requería el reconocimiento recíproco del deber, lo que refleja la sólida base contractual del liderazgo durante periodos anteriores. Los jefes de guerra proporcionaban a sus seguidores equipo de batalla, alimentos y botín de guerra (incluida la tierra) a cambio de su apoyo en la guerra. Se esperaba que los reyes anglosajones ayudaran a proteger los derechos y la propiedad de los ciudadanos de sus reinos a cambio de su lealtad.⁸⁵ Curiosamente, no fue hasta el siglo X cuando se expresó claramente la exigencia de que los hombres libres tuvieran que jurar fidelidad a su rey; los juramentos de los reyes a sus súbditos se registran en periodos muy anteriores.

A través de acuerdos contractuales cambiantes, la superficie de tierra asociada a un señor en particular podía cambiar, y en algún momento anterior, cuando existían muchos reinos, los hombres libres probablemente podían cambiar de un rey a otro cuando un rey en particular demostraba ser un mal líder.⁸⁶ Es significativo que los derechos y el bienestar de los hombres libres disminuyeran considerablemente a medida que aumentaba el poder de la realeza. Blair observó que "la única generalización sobre la comunidad agraria anglosajona en la que todos parecen estar de acuerdo es que la condición del campesinado fue notablemente peor en la última parte del período [de gobierno anglosajón] de lo que había sido en la primera. . . . [Hay que reconocer que la posición del ceorl [hombre libre agrario] del siglo VII como un hombre libre independiente de cierta importancia se deriva principalmente de la posición que ocupaba en la ley."⁸⁷

¿Por qué las libertades y el bienestar de los hombres libres disminuyeron gradualmente a medida que se ampliaban los poderes de los reyes? Debido a que los anglosajones estaban prácticamente en constante estado de guerra, necesitaban jefes de guerra fuertes. La habilidad militar hacía que un pequeño grupo de jefes de guerra ganara prestigio y tierras, y su riqueza acumulada permitía a algunos erigirse como reyes. Si el sucesor de un rey estaba dotado de habilidad militar, su reino perduraría; y si el rey podía establecer un descendiente de sangre como su sucesor y ese descendiente tenía habilidades similares en la guerra, se establecería el precedente de una dinastía hereditaria. Mientras un descendiente hereditario fuera un buen líder, los seguidores tenían pocas razones para discutir su "derecho" a ser rey.

Entre el 450 y el 600, el número de reinos disminuyó hasta que existieron dinastías razonablemente bien establecidas en siete regiones bastante bien definidas de Gran Bretaña. A lo largo de este periodo, la función principal de los reyes era la guerra. Al parecer, no pretendían ser legisladores, y la aplicación de la ley quedó en manos de grupos locales establecidos recíprocamente. En los siguientes 250 años se produjo una mayor consolidación, y tres reinos (Northumbria, Mercia y Wessex) pasaron a ocupar posiciones de dominio. Durante la mayor parte de este periodo, la guerra se desarrolló entre los distintos reinos anglosajones. Sin embargo, a finales del siglo VIII, los vikingos comenzaron a asaltar la costa inglesa.

Ninguno de los reinos anglosajones estaba preparado para hacer frente a los ataques vikingos. El litoral inglés era simplemente demasiado largo para defenderlo sin una concentración de fuerzas militares mayor que la que controlaba cualquiera de los reinos, y los invasores escandinavos acabaron por destruir las dinastías de todos los reinos excepto la de Wessex. Alfredo, rey de Wessex, fortificó el sur de Inglaterra e inició el proceso de unificación gradual recuperando Londres de los daneses. Su hijo, Eduardo el Viejo, continuó la reconquista de las posesiones danesas y en el año 917 había recuperado los antiguos reinos de Mercia y Anglia Oriental. Durante los tres años siguientes se estableció como el gobernante más poderoso de toda Gran Bretaña. Para el año 937, "el sistema político más antiguo había perecido por la desintegración o destrucción de varios reinos antes independientes sobre los que había descansado ese sistema y su lugar había sido ocupado por el único reino de Inglaterra".⁸⁸

A principios del siglo XI, muchas de las funciones relativamente localizadas de los ealdormen (por ejemplo, dentro de un shire) habían sido asumidas por personas nombradas por la realeza (sheriffs). Los condes que permanecieron, ya claramente designados como designados reales, eran señores de zonas mucho más amplias (varios condados) que el típico ealdorman de épocas anteriores. Así pues, la aristocracia que sobrevivió al largo periodo de guerra era bastante fuerte y estaba relativamente concentrada.

Al mismo tiempo, el bienestar de los hombres libres no nobles en Inglaterra disminuyó considerablemente. En el flujo y reflujo de las guerras, las cosechas eran constantemente destruidas y las granjas quemadas. Los hombres abandonaban con frecuencia sus tierras para proteger su zona de las incursiones y los ejércitos invasores. "Estos y otros factores, incluido el crecimiento de las familias poderosas entre la nobleza, tendieron a la depresión de muchos de los menos afortunados, especialmente en la última parte del período. ... [y] habían producido comunidades semiserviles en muchas partes del país".⁸⁹

A finales del siglo X se produjeron acontecimientos que aceleraron el declive de las clases no nobles de los hombres libres. En el año 980, los daneses empezaron a asaltar de nuevo Inglaterra, y las zonas locales fueron abandonadas a su propia defensa. Algunos señores pagaron a los daneses para que perdonaran sus tierras y el rey siguió su ejemplo, pagando a los asaltantes un gran tributo (Danegeld) para que dejaran en paz su reino. Durante los años siguientes, se recaudaron grandes sumas mediante impuestos para pagar más Danegeld. La carga de estos impuestos redujo aún más el bienestar del campesinado inglés.

Un danés, Canuto, subió al trono en 1016. Apaciguó a los anglosajones confirmando sus leyes consuetudinarias, estableciendo una estrecha relación con la aristocracia anglosajona y apoyando a su iglesia, gobernando en realidad como un anglosajón.⁹⁰ Aunque el reinado de Canuto (1016-1035) fue pacífico, sus hijos consideraban a Inglaterra como una fuente de ingresos extranjera. Extrajeron todo lo que pudieron de los ingleses, reduciendo aún más el estatus de los libres anglosajones. En 1042, la corona pasó a manos de Eduardo el Confesor, que se rodeó de consejeros normandos y nombró a normandos para ricos cargos eclesiásticos. El control real de Inglaterra recayó en los condes anglosajones más poderosos, que poseían vastas posesiones de tierra.⁹¹ En 1066, a la muerte de Eduardo, Harold, el miembro dominante de la aristocracia, fue elegido como su sucesor, a pesar de las mayores pretensiones hereditarias al trono. Fue Harold quien murió el 28 de septiembre de 1066 en la batalla de Hastings.

Este breve análisis del desarrollo del reino anglosajón subraya que la razón del desarrollo de la institución de la realeza no fue la necesidad de establecer la ley o mantener el orden interno. Más bien, el gobierno evolucionó debido al conflicto externo (la guerra). A lo largo de las décadas de guerra y del creciente poder de la aristocracia, la realeza como motor de la guerra también adquirió importantes ramificaciones legales. Los reyes anglosajones veían el proceso judicial como una fuente de ingresos, y las violaciones de ciertas leyes empezaron a denominarse violaciones de la "paz del rey".⁹² Mucho antes de la conquista normanda, la proscripción empezó a implicar no sólo la responsabilidad de ser asesinado impunemente, sino la "confiscación de bienes para el rey".⁹³ Los códigos de los reyes posteriores indican que el atractivo de tales ingresos era aparentemente bastante fuerte. Como destacaron Pollock y Maitland, una de las

malas características de las multas pecuniarias fue la introducción de un elemento fiscal en la administración del derecho penal. La jurisdicción penal se convirtió en una fuente de ingresos; los "pleitos y decomisos" se encontraban entre los derechos lucrativos que el rey podía conceder a los prelados y a los thegns. El proceso era doble: por un lado, el rey se convertía en juez supremo en todas las causas y, por otro, concedía la jurisdicción como si fuera una tierra.⁹⁴

Se estaba preparando el escenario para que el rey asumiera muchos aspectos de la producción y aplicación de la ley.

El concepto de "paz del rey" se remonta directamente a la ley anglosajona en el sentido de que cada casa de un hombre libre tenía una "paz"; si se rompía, el infractor tenía que pagar. Al principio, la paz del rey se refería simplemente a la paz de la casa del rey, pero a medida que el poder real se expandía, el rey declaraba que su paz se extendía a otros lugares. Primero se aplicó a los lugares por los que viajaba el rey, luego a las iglesias, monasterios, carreteras y puentes. Con el tiempo, sería "posible que los oficiales reales, como los alguaciles, proclamaran la paz del rey donde fuera conveniente". Incluso se incluyeron los festivales y las ocasiones especiales del año, como Navidad, Cuaresma, Pascua y Pentecostés.⁹⁵

Las violaciones de la paz del rey exigían un pago al rey. La ampliación de los lugares y tiempos protegidos por la paz del rey supuso un mayor potencial de ingresos. Los reyes también añadieron gradualmente ofensas contra otros que requerían el pago de wite al rey. A medida que aumentaban los ingresos de estas operaciones, el rey podía "comprar" un apoyo adicional para estos acuerdos concediendo el derecho a partes de esos ingresos a otros (por ejemplo, condes y alguaciles). El populacho no siempre aceptó estos cambios con gracia, porque significaban que la verdadera víctima de una ofensa reclamada como crimen contra el rey recibía poca o ninguna restitución.⁹⁶ Como indicaron Pollock y Maitland "Hay una tendencia constante al conflicto entre las viejas costumbres de la familia y las leyes más nuevas del Estado; la familia conserva hábitos y reivindicaciones arcaicas que chocan a cada paso con el desarrollo de una mancomunidad respetuosa con la ley de la época moderna."⁹⁷

Derecho consuetudinario para la revolución comercial

Aunque el derecho consuetudinario anglosajón estaba dando paso al derecho autoritario, el desarrollo del derecho comercial medieval, la *lex mercatoria*, o la "Ley del Mercader", rompe efectivamente el mito de que el gobierno debe definir y hacer cumplir "las reglas del juego". Dado que la Ley Mercatoria se desarrolló fuera de las limitaciones de las fronteras políticas y escapó a la influencia de los gobernantes políticos durante más tiempo que muchos otros sistemas jurídicos occidentales, proporciona el mejor ejemplo de lo que puede lograr un sistema de derecho consuetudinario.

Con la caída del Imperio Romano, las actividades comerciales en Europa disminuyeron drásticamente.⁹⁸ Entre los siglos VI y X, el comercio era casi inexistente. Pero en los siglos XI y XII, la rápida expansión de la productividad agrícola hizo que se necesitara menos mano de obra para producir suficientes alimentos y ropa para mantener a la población. Los productos agrícolas se producían a niveles que estimulaban un mayor comercio, y la población comenzó a trasladarse a las ciudades.

Una consecuencia (y un impulso) del aumento de la productividad agrícola y de la urbanización fue la reaparición de una clase de comerciantes profesionales para facilitar el comercio. El derecho consuetudinario había sido tradicionalmente la fuente de las reglas del comercio, pero en el siglo X el derecho consuetudinario de los comerciantes estaba muy localizado.⁹⁹ Por tanto, había que superar importantes barreras antes de que pudiera desarrollarse el comercio interurbano, interregional e internacional. Los mercaderes hablaban lenguas diferentes y tenían orígenes culturales distintos. Además, las distancias geográficas a menudo impedían la comunicación directa, por no hablar de la creación de fuertes vínculos interpersonales que facilitarían la confianza. Para llevar a cabo un intercambio se necesitaban numerosos intermediarios, como agentes del comprador, agentes del vendedor y agentes marítimos. Todo ello "daba lugar a la hostilidad hacia las costumbres

extranjeras y acababan por provocar enfrentamientos mercantiles".¹⁰⁰

Durante este periodo, "se formaron los conceptos e instituciones básicos del derecho mercantil occidental moderno -lex mercatoria ('la ley del mercader')- y, lo que es más importante, fue entonces cuando el derecho mercantil en Occidente llegó a considerarse por primera vez como un sistema integrado y en desarrollo, un cuerpo legal".¹⁰¹ A finales del siglo XI, el Derecho Mercantil se había desarrollado hasta tal punto que regía prácticamente todos los aspectos de las transacciones comerciales en toda Europa (y en algunos casos fuera de ella). De hecho, la revolución comercial de los siglos XI al XV, que en última instancia condujo al Renacimiento y a la revolución industrial, no podría haberse producido sin el rápido desarrollo de este sistema de derecho consuetudinario adjudicado y aplicado de forma privada.

Los gobernantes que trataran de rigidizar este libre comercio por medio de la legislación nacional, inhibirían el éxito de los intercambios en el mercado, con la consiguiente pérdida tanto para la comunidad mercantil extranjera como para la local. El único derecho que podría mejorar efectivamente las actividades de los comerciantes en estas condiciones sería el derecho supletorio, es decir, el derecho que reconoce la capacidad de los comerciantes para regular sus propios asuntos a través de sus costumbres, sus usos y sus prácticas.¹⁰²

¿Cómo pudieron los comerciantes de tan variada procedencia producir derecho? ¿Cuál es la fuente de reconocimiento? Fuller sugirió que el libre comercio es la fuente, porque los comerciantes

establecen relaciones de intercambio directas y voluntarias. En cuanto a la igualdad, sólo con la ayuda de algo parecido a un mercado libre es posible desarrollar algo parecido a una medida exacta para el valor de bienes dispares. . Por último, los comerciantes económicos cambian frecuentemente de papel, ahora vendiendo y ahora comprando. Los derechos que surgen de sus intercambios son, por tanto, reversibles, no sólo en teoría sino en la práctica.

Este análisis sugiere la conclusión un tanto sorprendente de que sólo bajo el capitalismo la noción de deber moral y legal puede alcanzar su pleno desarrollo.¹⁰³

La reciprocidad necesaria para el reconocimiento del derecho mercantil surgió debido a las ganancias mutuas generadas por el intercambio.

El derecho mercantil evolucionó hasta convertirse en un sistema jurídico universal a través de un proceso de selección natural. A medida que los mercaderes comenzaron a realizar transacciones comerciales más allá de las fronteras políticas, culturales y geográficas, transportaron las prácticas comerciales a los mercados extranjeros. Aquellas costumbres anteriormente localizadas que se descubrieron como comunes a muchas localidades pasaron a formar parte del Derecho Mercantil internacional. Cuando surgían conflictos, las prácticas más eficaces para facilitar la interacción comercial suplantaron a las menos eficaces.¹⁰⁴ En el siglo XII, el derecho mercantil se había desarrollado hasta un nivel en el que los comerciantes extranjeros tenían una protección sustancial en las disputas con los comerciantes locales y "contra los caprichos de las leyes y costumbres locales".¹⁰⁵

Las leyes que se aprobaron "reforzaron, más que sustituyeron, el ciclo de la práctica empresarial. . . . Además, [estas leyes] evitaron, en general, formas jurídicas complejas y controles obligatorios sobre los negocios que no estuvieran ya sancionados por la costumbre o el hábito comercial."¹⁰⁶ Se evitaban las complejidades que pudieran dificultar la comunicación y, por tanto, inhibir el comercio. El acuerdo era la fuerza predominante en la regulación de la conducta comercial.¹⁰⁷

El derecho comercial coordinaba las acciones interesadas de los individuos, pero también coordinaba las acciones de personas con conocimientos y confianza limitados. El comercio medieval implicaba que los comerciantes viajaran a las ferias y mercados de toda Europa, intercambiando bienes sobre los que sabían poco con personas desconocidas. Del año 1000 al 1200 (y especialmente del 1050 al 1150), los derechos y obligaciones de los comerciantes se desarrollaron para manejar esta incertidumbre. En sus relaciones mutuas, el derecho mercantil "se hizo sustancialmente más objetivo y menos arbitrario, más preciso y menos laxo".¹⁰⁸

Además, a medida que las normas del derecho mercantil se especificaban con mayor precisión, se registraban cada vez más. Estas leyes escritas no adoptaron la forma de códigos estatutarios (aunque muchos gobiernos acabaron adoptando el derecho mercantil de creación privada en su legislación comercial), sino que tomaron la forma de instrumentos y contratos comerciales escritos.¹⁰⁹ Fuller explicó que "el término derecho contractual. ...se refiere principalmente no al derecho de o sobre los contratos, sino al 'derecho' que un contrato en sí mismo trae a la existencia. . . . Si nos permitimos pensar en el derecho contractual como el 'derecho' que las partes mismas traen a la existencia por su acuerdo, la transición del derecho consuetudinario al derecho contractual se convierte en algo muy fácil".¹¹⁰

Cuando se reconoce que los individuos tuvieron que celebrar voluntariamente un contrato, queda claro por qué el Comerciante del Derecho tenía que ser objetivo e imparcial. La reciprocidad en el sentido de beneficios y costes mutuos es la esencia misma del comercio. Cada parte entra en un intercambio con la expectativa de obtener algo que es más valioso que lo que se entrega. Pero el principio jurídico de la reciprocidad de los derechos, tal y como se desarrolló a finales del siglo XI y principios del XII y se sigue entendiendo hoy en día, implica algo más que el intercambio mutuo. Implica un elemento de equidad en el intercambio.¹¹¹ Así, el fraude, la coacción u otros abusos de la voluntad o del conocimiento de cualquiera de las partes en un intercambio significaban que la transacción sería invalidada en un tribunal mercantil. Sin embargo, más allá de estas cuestiones de procedimiento, "incluso un intercambio que se realiza de forma voluntaria y consiente no debe imponer a ninguna de las partes unos costes excesivamente desproporcionados con respecto a los beneficios que se van a obtener; tampoco puede ser indebidamente desventajoso para terceros o para la sociedad en general".¹¹² La equidad era una característica necesaria de la Ley del Comerciante precisamente porque la obligación de obedecerla surgía voluntariamente del reconocimiento de los beneficios mutuos. Nadie reconocería voluntariamente un sistema jurídico del que no se esperara un trato justo.

Los mercaderes "gobernaban" sin la autoridad coercitiva de un Estado formando sus propios tribunales para dirimir las disputas. Como explicó Wooldridge,

las decisiones de los tribunales mercantiles eran generalmente respetadas incluso por los perdedores; de lo contrario, la gente nunca las habría utilizado en primer lugar. . . . Los mercaderes hacían que sus tribunales funcionaran simplemente aceptando acatar los resultados. El comerciante que rompía el acuerdo no era enviado a la cárcel, por supuesto, pero tampoco sería un comerciante por mucho tiempo, ya que el cumplimiento exigido por sus compañeros, su poder sobre sus bienes, resultaba si acaso más efectivo que la coerción física.¹¹³

Las decisiones de los tribunales mercantiles estaban respaldadas por la amenaza del ostracismo, una sanción de boicot muy eficaz. Si un tribunal mercantil dictaminaba que un comerciante londinense había incumplido un contrato con un comerciante de Colonia en una feria de Milán, por ejemplo, el comerciante londinense tenía fuertes incentivos para pagar la indemnización que el tribunal juzgaba adecuada. Si no lo hacía, otros comerciantes dejarían

de comerciar con él. Pero esta sanción, aunque es una amenaza real, no suele ser necesaria. "La buena fe era la esencia del acuerdo mercantil", concluye Trakman. "La reciprocidad y la amenaza de sanciones comerciales obligaban a cumplir. Los compromisos ordinarios de los mercaderes eran vinculantes porque se "pretendía" que lo fueran, no porque ninguna ley obligara a su cumplimiento."¹¹⁴

Los comerciantes establecieron sus propios tribunales por varias razones. En primer lugar, el derecho real difería del derecho comercial. Por ejemplo, los tribunales del rey normalmente no consideraban las disputas que surgían de los contratos hechos en otra nación. Los tribunales reales tampoco respetarían ningún acuerdo contractual que implicara el pago de intereses, considerando cualquier interés usurario. Los tribunales de derecho común no consideraban los libros de cuentas como prueba, aunque los comerciantes tuvieran en alta estima estos registros.

En segundo lugar, los tribunales mercantiles se desarrollaron para resolver disputas comerciales que implicaban cuestiones muy técnicas. Los jueces de los tribunales mercantiles se elegían entre la comunidad mercantil pertinente; cuando se trataba de cuestiones técnicas, los tribunales mercantiles recurrían a jueces expertos en esa área del comercio.

En tercer lugar, la rapidez y la informalidad eran importantes a la hora de resolver los conflictos comerciales.¹¹⁵ Los mercaderes tenían que completar sus transacciones en un mercado o feria y pasar rápidamente al siguiente; incluso si no seguían adelante, con frecuencia trataban con otros que sí lo hacían. Una disputa debía resolverse rápidamente para minimizar la interrupción de los asuntos comerciales. La rapidez y la informalidad no podrían haberse logrado de forma equitativa sin jueces que conocieran los problemas y las preocupaciones comerciales y cuyas sentencias fueran respetadas por la comunidad mercantil en general. La adjudicación participativa, por lo tanto, era una característica necesaria de la Ley del Comerciante. Los procedimientos de adjudicación, los dispositivos institucionales y las normas jurídicas sustantivas adoptadas por los tribunales mercantiles reflejaban la preocupación del Law Merchant por facilitar la interacción comercial.

Por la misma razón, las reglas de prueba y los procedimientos se mantuvieron simples e informales. Las apelaciones estaban prohibidas para evitar retrasos indebidos y la interrupción del comercio.¹¹⁶ Se evitaban los largos testimonios bajo juramento; por lo general, no se exigía la certificación notarial como prueba de un acuerdo; las deudas se reconocían como libremente transferibles a través de la "obligatoriedad escrita" informal, un proceso desarrollado por los propios comerciantes para simplificar la transferencia de la deuda; las acciones de los agentes en las transacciones se consideraban válidas sin autoridad formal; y las transferencias de propiedad se reconocían sin entrega física.¹¹⁷ Todas estas innovaciones legales fueron validadas en los tribunales mercantiles a pesar de su ilegalidad en muchos tribunales reales, pero promovieron la rapidez y la informalidad en el comercio y redujeron los costes de las transacciones, por lo que los tribunales mercantiles las aceptaron.

A principios del siglo XIII el Derecho Mercantil era un sistema integrado de principios, conceptos, reglas y procedimientos. Berman llegó a la conclusión de que "gran parte, si no la mayoría, de los elementos estructurales del sistema moderno de derecho mercantil se formaron en este período".¹¹⁸ Consideremos, por ejemplo, el desarrollo de los dispositivos de crédito. En el siglo XII, el comercio de trueque había sido prácticamente sustituido por intermediarios comerciales que compraban y vendían mediante contratos comerciales que implicaban crédito. Las principales formas de crédito otorgadas por los vendedores a los compradores eran los pagarés y las letras de cambio. Cuando tales instrumentos comerciales "se hicieron comunes en Occidente a finales del siglo XI y en el XII, no sólo adquirieron el carácter de obligaciones independientes, como el propio dinero, sino que también adquirieron otra característica del dinero, a saber, la negociabilidad".¹¹⁹ La práctica de la

negociabilidad de los títulos de crédito fue "inventada" por los mercaderes occidentales debido a la necesidad de mejorar los medios de intercambio a medida que se desarrollaba el comercio y porque el auge del Derecho Mercantil generó la suficiente confianza en el sistema comercial como para que se pudiera establecer una reserva de crédito comercial.¹²⁰

Los instrumentos de crédito se convirtieron en el medio de intercambio que permitió el florecimiento del comercio y la revolución comercial. El sistema comercial romano había funcionado gracias a la disponibilidad de dinero para facilitar el comercio; pero con la caída de Roma, desapareció una moneda en la que se podía confiar para mantener su valor, y también el comercio. Sin una fuente sólida de dinero, los comerciantes tuvieron que desarrollar su propio medio de intercambio.

Se desarrollaron muchos tipos de instrumentos de crédito, y todos ellos pasaron a formar parte de la Ley del Comerciante. Los vendedores concedían créditos a los compradores en forma de títulos negociables, y los compradores concedían créditos a los vendedores mediante el uso de diversos contratos para la entrega futura de mercancías. Los terceros (por ejemplo, los banqueros) concedían créditos a los compradores, y se desarrollaron dispositivos como las hipotecas de bienes muebles para proteger a estos acreedores contra el impago. De este modo, los acreedores conservaban un interés de seguridad en los bienes que requerían el pago antes de que pudieran ser revendidos; y si el pago no se producía, los bienes podían ser tomados para su reventa con el fin de satisfacer la deuda.

Otros aspectos de la Ley Mercantil podrían examinarse para destacar la integración de una amplia variedad de principios, conceptos, normas y procedimientos en un sistema de derecho. El desarrollo de la Ley del Comerciante

El desarrollo de la Ley del Mercader fue bastante rápido, no sólo en su período de formación, sino también después, en los siglos XIII, XIV y XV. . . . [La objetividad del derecho mercantil, la especificidad de sus normas y la precisión de sus conceptos aumentaron con el tiempo; su universalidad y generalidad, su uniformidad, prevalecieron cada vez más sobre las diferencias locales; la reciprocidad de los derechos se hizo cada vez más importante a medida que se ampliaban las oportunidades contractuales; la adjudicación de los litigios comerciales se regularizó cada vez más; y el grado de integración del derecho mercantil aumentó.¹²¹

El derecho mercantil creció y se desarrolló, cambiando y adoptando en respuesta a las nuevas condiciones del comercio.¹²²

Conclusiones

Hayek sugirió que las normas que surjan del derecho consuetudinario poseerán necesariamente ciertos atributos que el "derecho autoritario inventado o diseñado por un gobernante puede, pero no tiene por qué, poseer, y es probable que lo haga sólo si se basa en el tipo de normas que surgen de la articulación de prácticas previamente existentes".¹²³ Los atributos de los sistemas jurídicos consuetudinarios incluyen un énfasis en los derechos individuales porque el reconocimiento del deber legal requiere la cooperación voluntaria de los individuos a través de acuerdos recíprocos. Este tipo de leyes y su correspondiente aplicación facilitan la interacción cooperativa al crear fuertes incentivos para evitar formas violentas de resolución de conflictos. Los deberes fiscales recaen en la víctima y en su asociación de protección recíproca. Así, la ley prevé la restitución a las víctimas mediante procedimientos de adjudicación participativos claramente diseñados, con el fin de incentivar la persecución y calmar los deseos de venganza de las víctimas. Los fuertes incentivos para que tanto los delincuentes como las víctimas se sometan a la adjudicación surgen como consecuencia del ostracismo social o de las sanciones de boicot, y el cambio legal se produce a

través de la evolución espontánea de las costumbres y las normas.¹²⁴ Pero los Estados-nación han asumido un papel sustancial en la creación y aplicación del derecho. ¿Por qué, dada la aparente eficacia de los sistemas de derecho consuetudinario? La respuesta se ha sugerido en el breve análisis del surgimiento de la realeza en Inglaterra. En el siguiente capítulo se ofrece una respuesta más completa.

NOTAS

1. Véase Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* (Londres: Routledge and Kegan Paul. 1926).
2. Lon L. Fuller. *771e Morality of Law* (New Ha ven: Yale University Press. 1964), p. 30.
3. *Ibidem*, pp. 150-151.
4. Harold J. Berman. *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983), p. 274.
5. F. A. Hayek. *Law, Legislation and Liberty*. vol. 1 (Chicago: University of Chicago Press. 1973). pp. 96-97.
6. Fuller. *771e Morality of Law*, pp. 23-24.
7. Lon L. Fuller. *771e Principles of Social Order* (Durham, N.C.: Duke University Press. 1981). p. 213.
8. James Buchanan, "Before Public Choice, .. en Explorations in the Theory of Anarchy, ed. Gordon Tullock (Blacksburg, Va.: Center for the Study of Public Choice. 1972). p. 37.
9. Harold Demsetz. "Toward a Theory of Property Rights". *American Economic Review* 57 (mayo de 1967): 347-359.
10. Hayek, *Law, Legislation y libertad*, p. 99.
11. Véase, por ejemplo, E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1954); R. F. Barton, "Procedure Among the Ifugao", en *Law and Custom*, ed. Paul Bohannan (Garden City, N.Y.: The Natural History Press, 1967); Bruce L. Benson, "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies: Law Without Government", *Journal of Libertarian Studies* 9 (invierno de 1989): 1-26.
12. Walter Goldsmith, "Ethics and the Structure of Society : An Ethnological Contribution to the Sociology of Knowledge", *American Anthropologist* 53 (octubre/diciembre de 1951): 506-524; David Friedman.
13. Véase Bruce L. Benson, "The Evolution of Law: Custom Versus Authority" (ms., Tallahassee, FL: Florida State University, 1990).
14. Bruce L. Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", *Southern Economic Journal* 55 (enero de 1989): 644-661; Leon E. Trakman, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law* (Littleton, Colo.: Fred B. Rothman and Co., 1983); Benson, *Law and Revolution*.
15. Joseph R. Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law," *Journal of Libertarian Studies* 1 (1977): 81-95. "Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case", *Journal of Legal Studies* 8 (marzo de 1979): 39 9-415. Véase también Terry Anderson y P. J. Hill, "An American Experiment in Anarcho-Capitalism: The Not So Wild, Wild West", *Journal of Libertarian Studies* 3 (1979): 9-29, para ejemplos del Oeste americano del siglo XVIII.
16. El reconocimiento del deber de obedecer las normas de conducta existe en cualquier grupo interactivo, pero véase Robert A. Levine, "The Internalization of Political Values in Stateless Societies", *Human Organization* 19 (1960): 58.
17. Véase Fuller, *The Principles of Social Order*, p. 134.
18. Carl Menger, *Problems of Economics and Sociology*, trans. Francis J. Nook. ed. Louis Schneider (Urbana: University of Illinois Press, 1963), y Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (New York: Modern Library, 1937) . Sin embargo, como explicó Hayek, mientras que las ideas de Smith y Menger sobre la evolución del orden social "parecen establecerse finalmente [en varias de las ciencias sociales], otra rama del conocimiento de mucha mayor influencia, la jurisprudencia, sigue siendo casi totalmente ajena a ella". Véase *Studies in Philosophy, Politics and Economics* (Chicago: University of Chicago Press, 1967), p. 101.
19. Citado en Leopold Popisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory* (Nueva York: Harper and Row, 1971), p. 65.
20. *Ibid.*, p. 66.
21. *Ibid.*, p. 67.
22. *Ibid.*
23. *Ibidem*, pp. 68-69.
24. *Ibidem*, pp. 69-70.
25. Véase *ibid.* .. p. 69.
26. *Ibid.* .. p. 80.
27. *Ibid.*
28. *Ibid.* .. p. 36.
29. *Ibid.*
30. *Ibid.* .. p. 93.
31. *Ibid.* .. p. 65.
32. *Ibid.*
33. *Ibid.* .. p. 93. Ver también Benson "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies".
34. *Ibid.* .. p. 94.
35. Fuller. *The Morality of Law*. p. 159.
36. Popisil. *Anthropology of Law*. p. 107.
37. Ver por ejemplo. Karl N. Llewellyn y E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way* (Norman: University of Oklahoma Press. 1961): 53.
38. Fuller, *The Principles of Social Order*. p. 243. Véase también Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*; Max Gluckman, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia* (Manchester, Inglaterra: Manchester University Press. 1955).
39. Popisil. *Anthropology of Law*. p. III.
40. Las aldeas no tenían en realidad ninguna función política o jurídica. Un sublinaje podía ocupar varias aldeas y una aldea podía contener familias de diferentes sublinajes. La función legal recaía en el sublinaje, no en la aldea. *Ibid.*, p. 120.
41. *Ibid.*, p. 111.
42. *Ibid.*, p. 205.
43. *Ibid.* .. p. 110.
44. Ver Benson ... *Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies*:

- 45 Hoebel the law of Primitive Man, p. 294.
- 46 Benson Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies.
47. Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law"; Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law": Anderson y Hill. – An American Experiment in Anarcho-Capitalism": John Umbeck, A Theory of Property Rights With Application to the California Gold Rush (Ames: Iowa State University Press, 1981).
- 48 Sir Frederick Pollock y Frederick W. Maitland, The History of English Law, vol. 1 (Washington, D.C.: Lawyers' Literary Club, 1959), pp. 10-27.
- 49 Sir James F. Stephen, A History of the Criminal Law of England, vol. 1 (1883; reimpression, Nueva York: Burt Franklin, 1963), p. 52.
- 50 Pollock y Maitland, The History of English Law, vol. 1, p. 27.
- 51 Stephen, A History of the Criminal Law of England, vol. 1, p. 53.
52. Pollock y Maitland, The History of English Law, vol. 1, p. 57.
53. Bruce Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, 2d ed. (Nueva York: W. W. Norton, 1980), p. 83.
54. Esto se corresponde con el sistema de precios de honor irlandés descrito por Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law".
55. Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 83. Ver also Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law": Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law".
56. Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 83.
57. Ibid., p. 59.
58. J. H. Baker, An Introduction to English Legal History (Londres: Butterworths, 1971), p. 10.
59. Peter Hunter Blair, An Introduction to Anglo-Saxon England (Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 1956), p. 232.
60. Stephen, A History of the Criminal Law of England, p. 66.
61. Pollock y Maitland, History of English Law, p. 48.
62. Leonard P. Liggio, "The Transportation of Criminals: A Brief Political Economic History", en Assessing the Criminal: Restitution, Retribution and the Legal Process, ed. Randy E. Barnett y John Hagel m (Cambridge, Mass.: Ballinger Press, 1977), p. 274.
63. Véase también Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law": Blair, An Introduction to Anglo-Saxon England, p. 240.
64. Stephen, A History of the Criminal Law of England, p. 68.
65. Ibidem, p. 67.
66. Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 84.
67. Blair, An Introduction to Anglo-Saxon England, p. 235.
68. Véase, por ejemplo, Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law".
69. Stephen, A History of the Criminal Law of England, p. 62.
70. Ver Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 2, p. 50; Stephen, A History of the Criminal Law of England, p. 58.
71. Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 2, p. 451.
72. Stephen, A History of the Criminal Law of England, p. 62.
73. Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 1, pp. 47-48.
74. Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 84.
75. Véase ibid., pp. 84, 85.
76. Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 2, p. 451.
77. Ibid., p. 449.
78. Ver E. Adamson Hoebel, "Law-Ways of the Comanche Indians", en Law and Wafare, ed. Paul Bohannan (Garden City, N.Y.: The Natural History Press, 1967).
79. Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 1, p. 48.
- 80 Stephen, A History of the Criminal Law of England, p. 57.
- 81 Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 1, pp. 40-41.
- 82 Blair, An Introduction to Anglo-Saxon England, p. 196.
- 83 Ibidem, p. 198.
- 84 Véase, por ejemplo, Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, pp. 39, 59; Blair, An Introduction to Anglo-Saxon England, p. 197).
- 85 Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 40.
- 86 Véase ibid., pp. 74, 78, 86.
- 87 Blair, An Introduction to Anglo-Saxon England, p. 261.
- 88 Ibidem, p. 87.
- 89 Ibidem, p. 262.
- 90 Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 32.
- 91 Ibidem, p. 33.
- 92 Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 1, p. 48.
- 93 Ibidem, p. 49.
- 94 Ibidem, vol. 2, pp. 453-454.
- 95 Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 42.
- 96 Para una visión diferente, véase Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 85.
- 97 Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 1, pp. 31-32.
- 98 Hay que tener en cuenta que el derecho mercantil romano era también derecho consuetudinario. Véase Bruno Leoni, Freedom and the Law (Los Angeles: Nash Publishing, 1961), p. 83.
- 99 Trakman, The Law Merchant, pp. 7-8. Gran parte del resto de este capítulo aparece en Benson, "Spontaneous Evolution".
- 100 Ibidem, p. 11.
- 101 Berman, Law and Revolution, p. 333.
- 102 Trakman, The Law Merchant, p. 13.
- 103 Fuller, The Morality of Law, p. 24.
- 104 Trakman, The Law Merchant, p. 11.
- 105 Berman, Law and Revolution, p. 342. Véase también W. Mitchell, Essay on the Early History of the Law Merchant (Nueva York: Burt Franklin, 1904), pp. 7-9.
- 106 Trakman, The Law Merchant, p. 18.
- 107 Ibidem, p. 10.
- 108 Berman, Law and Revolution, p. 341.

- 109 Ibid.
- 110 Fuller, *The Principles of Social Order*, pp. 224-225.
- 111 Trakman, *The Law Merchant*, p. 12.
- 112 Berman, *Law and Revolution*, p. 343.
- 113 William C. Woodbridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man* (New Rochelle, N.Y.: Arlington House, 1970), pp. 95-96.
- 114 Trakman, *The Law Merchant*, p. 10.
- 115 Berman, *Law and Revolution*, p. 347. Véase también Mitchell, *Essay on the Early History of the Law Merchant*, p. 13.
- 116 Trakman, *The Law Merchant*, p. 16.
- 117 Ibidem, p. 14.
- 118 Véase Berman, *Law and Revolution*, pp. 349-350.
- 119 Ibidem, p. 350.
- 120 Ibidem, p. 351.
- 121 Ibidem, pp. 354-355.
- 122 Véase *ibid.*, p. 355; y Mitchell, *Essay on the Early History of the Law Merchant*, pp. 29-30.
- 123 Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, p. 85.
- 124 Véase el apéndice del capítulo 12, así como Anderson y Hill, "An American Experiment in Anarcho-Capitalism"; Benson, "The Evolution of Law"; Umbeck, *A Theory of Property Rights With Application to the California Gold Rush*; Jerold S. Auerback, *Justice Without Law* (Nueva York: Oxford University Press, 1983); Bruce L. Benson, "The Lost Victim and Other Failures of the Public Law Experiment", *Harvard Journal of Law and Public Policy* 9 (primavera de 1986): 399-427.

CAPÍTULO 2

LA AFIRMACIÓN DEL DERECHO AUTORITARIO

Cuando el Estado se inmiscuye en los asuntos del Derecho, es probable que cambien tanto las normas de conducta como las instituciones establecidas para hacerlas cumplir. Las funciones principales del Estado son actuar como mecanismo redistributivo que quita riqueza a unos para transferírsela a otros, así como discriminar entre grupos para determinar quién gana y quién pierde, en proporción a su poder relativo. La teoría del Estado implícita en esta afirmación (desarrollada más en detalle en el capítulo IV) presupone que los sujetos implicados en el proceso actúan movidos por su propio interés. Esto incluye tanto a los demandantes de transferencias como a aquellos que las proporcionan las autoridades públicas intentan aumentar su propio bienestar a través de transferencias dirigidas a sí mismos y a otros que son lo suficientemente poderosos para afectar al bienestar de aquellos que toman las decisiones. Verificaremos esta teoría del Estado utilizando datos históricos. Sin embargo, antes de comenzar la verificación, deben subrayarse algunos corolarios de esta teoría.

Considere la base del poder para determinar las transferencias de riqueza. En la competencia intergubernamental, el poder está en función de la capacidad de utilizar la fuerza. Esa misma fuente de poder puede ser un criterio discriminatorio importante a la hora de determinar las transferencias de riqueza internas también, aunque el poder político de un grupo puede ser también una función de su poder económico, el número de sus miembros y su capacidad para organizarse eficazmente y expresar sus demandas en el ámbito político. Estos factores son importantes porque la competencia intragubernamental suele implicar un proceso de intercambio. Los responsables políticos discriminan entre los grupos que compiten en función de lo que pueden aportar al político. En los primeros reinos, los individuos poderosos podían intercambiar apoyo militar por privilegios especiales, derechos y propiedades del rey. Sin embargo, a medida que los reyes centralizaban la función militar, el poder militar perdía importancia relativa en la competencia intragubernamental y otras fuerzas adquirían cada vez más relevancia¹

Los motivos de interés propio de los responsables del gobierno deben reconocerse en el contexto de una teoría de la transferencia del gobierno. Los reyes exigían transferencias en su propio beneficio cuando tenían suficiente poder para hacerlo. Incluso cuando entraban en un intercambio, transfiriendo así a otros, el apoyo obtenido generalmente aumentaba su propia riqueza y poder. Desde este punto de vista, el esfuerzo de los gobernantes por reducir el poder de otros grupos (y viceversa) queda claro: esos otros grupos pueden amenazar las funciones de riqueza de los gobernantes.

Algunas transferencias de riqueza son al menos superficialmente obvias. Los impuestos se recaudan y los desembolsos gubernamentales resultantes indican al menos algunos de los benefactores de la transferencia. El principal benefactor de tales transferencias durante el desarrollo de la realeza era a menudo el propio rey. De hecho, un propósito importante de las transferencias internas era fortalecer al rey en la guerra, la función externa del gobierno. Otra transferencia bastante obvia se produce cuando se confiscan bienes de algún tipo y se entregan o utilizan en beneficio de otros.²

Algunas transferencias son menos obvias. En particular, los derechos de propiedad pueden alterarse mediante cambios autoritarios en la legislación. El hecho es que las modificaciones autoritarias de los derechos "tienen una doble naturaleza: El reconocimiento de la concesión de un derecho a A supone la exposición de B, y viceversa; el conflicto de derechos A-B resultante es omnipresente. Que A tenga un derecho es que los intereses de A cuenten y los de B no cuenten, pro tanto".³ Una implicación importante de una teoría de la transferencia del gobierno es que habrá un "tren de reajustes a través del tiempo" como consecuencia de una modificación de los derechos de propiedad.⁴ Algunos de estos cambios son predecibles. Por ejemplo, una modificación de los derechos tiende a aumentar los incentivos de los intereses perdedores no organizados para entrar en la arena política, por lo que podemos esperar que las demandas políticas de modificación de los derechos crezcan con el tiempo.⁵ También hay otras razones para esperar un crecimiento de las demandas políticas. Una vez que un grupo se organiza, por ejemplo, los costes adicionales de exigir más beneficios son relativamente bajos y el grupo puede interesarse por cuestiones que van más allá de sus primeras preocupaciones. A medida que aumenta el poder organizado, los objetivos se amplían, ya sea que ese poder sea acumulado por un gobierno que busca expandir sus fronteras o por un grupo de interés que exige transferencias de riqueza.

Como la ley autoritaria pretende producir una transferencia involuntaria de riqueza, sólo necesita el apoyo de una minoría políticamente poderosa de las personas afectadas. Es relativamente más probable que las leyes cambien cuando son un reflejo de demandas políticas cambiantes y crecientes que cuando deben ser adoptadas voluntariamente por todas las partes afectadas. La evolución del derecho autoritario, por tanto, puede ser mucho menos gradual que la del derecho consuetudinario.

El tiempo y los recursos de los responsables gubernamentales son limitados, por lo que el aumento de las demandas políticas acaba forzando la delegación de responsabilidades. Esta delegación tiene al menos tres consecuencias. En primer lugar, la competencia entre las burocracias por los derechos de aplicación de determinadas leyes y los presupuestos, el poder y el prestigio que las acompañan se hace patente.⁶ En segundo lugar, a medida que estas oficinas aumentan en número o tamaño, disminuye la capacidad de los responsables de la toma de decisiones para controlar sus acciones. En tercer lugar, a medida que aumenta la discrecionalidad burocrática y el tamaño de las oficinas, éstas se convierten generalmente en grupos de interés político activos, que exigen más modificaciones de los derechos que se aplican para generar transferencias de riqueza a los burócratas en forma de mayores presupuestos y mayor prestigio y poder.

Los derechos de propiedad proporcionan incentivos que condicionan el comportamiento, por lo que es probable que un cambio en los derechos modifique el comportamiento. Dado que los sistemas jurídicos consuetudinarios hacen hincapié en la propiedad privada y los derechos individuales, las transferencias autoritarias de derechos implican, al menos inicialmente, restricciones a la propiedad privada y a los derechos individuales. Cuando estos derechos se ven alterados de forma significativa, los individuos dejarán de realizar funciones que antes merecían la pena. Si la función es exigida por grupos políticamente poderosos, el gobierno intentará forzar el comportamiento anterior o producir directamente la función.

Además, cuando la reciprocidad no proporciona los fundamentos de la ley, no proporcionará la base para su aplicación. La aplicación de las leyes autoritarias requiere relativamente más coerción, mientras que las instituciones jurídicas consuetudinarias evolucionan para facilitar la interacción voluntaria. A medida que cambia el propósito efectivo de la ley, se requiere un conjunto diferente de instituciones para sustituir a las que no pueden facilitar eficazmente las transferencias involuntarias. Del mismo modo, las instituciones gubernamentales no pueden emplearse tan eficazmente para facilitar la interacción voluntaria como las

instituciones del derecho consuetudinario que han sido sustituidas o alteradas.

Las instituciones gubernamentales y las leyes han evolucionado para basarse en las instituciones privadas y el derecho consuetudinario o para sustituirlos. Esto no demuestra que las leyes e instituciones sean necesarias para mantener el orden social o para apoyar un sistema que haga hincapié en la libertad individual y la propiedad privada. Es probable que las leyes e instituciones gubernamentales autoritarias hagan precisamente lo contrario, ya que su función es facilitar las transferencias involuntarias en lugar de la interacción voluntaria.

El desarrollo inicial del derecho autoritario

Las raíces anglosajonas del derecho real inglés. Recordemos que la Inglaterra anglosajona cedió gradualmente a la consolidación y centralización del poder. A medida que aumentaba el poder militar del rey y se aceptaban sus derechos divinos respaldados por la iglesia, también se fue estableciendo su papel como legislador. La primera función del rey como encargado de hacer cumplir la ley fue la de apoyar a un individuo que no podía inducir a algún delincuente relativamente poderoso en la corte de cien particulares. El rey cobraba una parte de la multa del infractor por el servicio, que se convirtió en un pago al rey (wite) por cualquier violación de la "paz del rey". Los "beneficios" de la aplicación de la paz del rey correspondían únicamente al rey o a aquellos a los que había concedido un "favor inusual".⁷ La aplicación de la ley y sus beneficios se convirtieron en algo que el rey podía intercambiar en el ámbito político.

A los ealdormen se les concedía un estatus especial como representantes reales en los condados; recibían "un tercio de las multas de los beneficios de la justicia" y un tercio de los ingresos de los peajes y otros derechos recaudados por el rey.⁸ A cambio, los ealdormen reunían y dirigían a los hombres en combate, representaban al rey en los tribunales de los condados y ejecutaban las órdenes reales. En el siglo X, unas pocas familias poderosas proporcionaban todos los ealdormen de Inglaterra. Bajo el mandato de Canuto, el reducido número de ealdormen, ahora llamados condes, había obtenido una gran cantidad de poder político nacional. Cuando los ealdormen individuales comenzaron a representar al rey en grupos de condados, se creó el cargo de sheriff en cada condado.⁹ A cambio de sus servicios, un sheriff recibía concesiones de tierras del rey y el derecho a retener parte de los beneficios de las fincas reales que supervisaba. Además, "en el reinado de Eduardo el Confesor los beneficios judiciales habían llegado a agruparse con la explotación de los señoríos reales y todos ellos debían ser recaudados por el sheriff"¹⁰ a cambio de una parte de los beneficios.

La casa de asistencia del rey desarrolló importantes "oportunidades tanto de promoción personal como de ejercer influencia en decisiones de todo tipo."¹¹ Sin embargo, en su origen, la casa real anglosajona era militar, y esta función siguió dominando hasta la invasión normanda, pero también comenzaron a desarrollarse otras funciones.¹² En particular, a medida que aumentaban las posesiones de tierras y el papel legal del rey y sus finanzas se hacían más complejas, éste comenzó a delegar ciertas funciones administrativas, financieras y judiciales.¹³

Durante el primer período anglosajón, el witan o consejo del rey probablemente estaba formado por los jefes o ancianos locales, y la ley real primitiva siempre incluía el reconocimiento del consentimiento del grupo de "sabios de la nación". Así, los primeros "códigos son, de hecho, no tanto las introducciones de nuevos principios como las declaraciones de las costumbres o el derecho común de la raza, que datan de mucho más allá de la existencia de los registros escritos, conservados en la memoria de los sabios y mantenidos en su mayor parte en la experiencia general constante."¹⁴ Más tarde, la casa del rey, los condes y la iglesia estarían representados en el witan, y algunas leyes autoritarias comenzaron a reflejar los intereses de estos grupos. Lo que es más importante, sus intereses estaban estrechamente entrelazados con los del rey debido a las concesiones y privilegios que recibían. De este modo, los códigos comenzaron a reflejar los deseos

del rey. Se produjeron pocos cambios sustanciales respecto al derecho consuetudinario en la definición de los delitos. Los cambios más significativos se produjeron probablemente en las especificaciones de la wite para reyes y señores y en la designación de un número cada vez mayor de ofensas como violación de la paz del rey.

El primer gobierno normando. Debido a que los gobernantes normandos de Inglaterra casi siempre estaban involucrados en la lucha militar, el poder político permaneció en manos de aquellos que tenían poder militar. Uno de los principales receptores de transferencias bajo la realeza normanda era el propio rey. Guillermo se apoderó de prácticamente todas las tierras de Inglaterra, implantando un sistema de feudalismo. A su vez, concedió feudos a los vasallos normandos (barones) y a la iglesia a cambio de diversos pagos y servicios.

Aunque los normandos no estaban en condiciones de anular sin más el derecho consuetudinario anglosajón, se produjeron inmediatamente algunos cambios institucionales importantes. Los reyes sajones habían ido concentrando y consolidando el poder mediante acuerdos recíprocos con condes, sheriffs y la iglesia. Como señalaron Pollock y Maitland: "El principal resultado de la conquista normanda en la historia del derecho se encuentra no tanto en el sometimiento de la raza a la raza como en el establecimiento de una realeza extremadamente fuerte".¹⁵

Los reyes normandos utilizaron el derecho y la aplicación de la ley para generar los ingresos necesarios para financiar sus operaciones militares, para aumentar su propia riqueza y para comprar el apoyo de grupos poderosos.¹⁶ En este sentido, uno de los primeros y más significativos cambios que los normandos introdujeron en la legislación inglesa fue la sustitución del antiguo sistema basado en la restitución de bot, wer y wite por un sistema de multas y confiscaciones, junto con la pena corporal y la capital.¹⁷ Este cambio tuvo importantes implicaciones para las instituciones de aplicación de la ley, porque redujo sustancialmente los incentivos de los ciudadanos para mantener sus acuerdos recíprocos de protección, persecución, enjuiciamiento y seguro y para participar en el sistema judicial local (cientos). Así, los reyes normandos tuvieron que establecer un aparato judicial y de aplicación de la ley para poder cobrar sus beneficios de la justicia.

El primer tribunal permanente que representaba al rey estaba formado por los administradores financieros de Enrique I:

Dos veces al año, este grupo, que tomaba el nombre de "el exchequer", se sentaba en torno a la mesa de los cheques, recibía los ingresos reales, auditaba las cuentas de los alguaciles y hacía justicia incidental. De vez en cuando, algunos de sus miembros eran enviados por los condados para escuchar las súplicas de la corona, y los litigantes que eran grandes hombres empezaron a considerar que valía la pena llevar sus casos ante este poderoso tribunal.¹⁸

Hacia 1135, el tribunal del tesoro había desarrollado su propia tradición jurídica; imponía una justicia rápida a los deudores reales y aplicaba multas considerables a todo aquel que no cumpliera con su obligación financiera con el rey.

Desde muy temprano en el periodo normando, el cargo de canciller supervisaba la capilla real, que servía de oficina de escritura, custodiaba el sello, producía todos los documentos que el rey deseaba y desarrolló una función de aplicación de la ley para sí mismo. Una cédula emitida por el canciller era una orden real adquirida por un demandante en un litigio civil que ordenaba al acusado la entrega de ciertas tierras, propiedades o dinero. Cuando se ignoraba esta orden, se iniciaba un litigio en un tribunal real; de este modo, los beneficios de la justicia se extendían al ámbito civil.

Los barones, los prelados de la iglesia y los miembros de la casa real estaban obligados a asistir a la corte para considerar asuntos de derecho, guerra y justicia. Esta curia regis reflejaba las opiniones de los miembros más poderosos de la sociedad anglonormanda y era una fuente de apoyo para el rey en sus relaciones con el Papa y otras potencias extranjeras. Además, "la curia regis era ante todo un tribunal feudal que se regía por las costumbres y procedimientos feudales normandos".¹⁹ Los casos de alta traición eran considerados por el tribunal real, así como las disputas civiles entre los "grandes hombres"

del reino.²⁰ La curia regis gozaba de cierta independencia, y ocasionalmente los barones gobernaban en contra de los deseos del rey y éste podía verse obligado a ceder. Está claro que existía un acuerdo recíproco entre el rey y sus vasallos; cada uno necesitaba al otro para avanzar en sus propios fines.

El término "curia regis" designaba también la corte o el pequeño consejo, bastante permanente, que asistía al rey en la rutina general del gobierno. Este pequeño grupo, que asistía constantemente al rey, era el núcleo del consejo mayor, pero a menudo hacía las veces de corte. Cabe destacar aquí que la hacienda pública también formaba parte de la curia regis, por lo que los barones de la hacienda pública que componían su tribunal deben considerarse como la curia regis que se reunía para conocer los casos financieros.

"La mayor contribución de los normandos", juzgó Lyon, "estuvo en la estrecha vigilancia establecida por la administración central sobre los órganos locales de gobierno".²¹ La comarca anglosajona se convirtió en el condado normando, y los sheriffs se convirtieron rápidamente en los funcionarios locales más importantes del sistema normando. Las funciones legales de los sheriffs eran numerosas; eran los representantes judiciales permanentes del rey, que presidían el tribunal del condado, y se encargaban de garantizar la asistencia de los miembros de estos tribunales y de los citados a comparecer. Formaban jurados inquisitoriales para el rey, hacían cumplir las decisiones de los tribunales reales, dirigían la persecución de los infractores de la ley, realizaban detenciones y ejecutaban las órdenes de las cédulas reales.²²

Cuando los alguaciles se volvieron demasiado codiciosos y desviaron demasiados ingresos, o intentaron tomarlos todos mediante una revuelta, el rey les quitó el poder de considerar las peticiones del rey y los sustituyó por jueces residenciales, que pronto fueron también sustituidos por jueces itinerantes que viajaban de condado en condado. Pero la lucha por el poder entre las autoridades locales y las centrales estaba lejos de terminar.

Una de las principales razones de la necesidad de contar con brazos locales de la justicia del rey fue que las centenas y los diezmos pasaron a ser mucho menos importantes de lo que habían sido durante el periodo anglosajón. Al parecer, muchas de las centenas dejaron de funcionar por completo bajo el mandato de Guillermo. A medida que el negocio de la justicia se convertía cada vez más en la acumulación de ingresos reales, la participación voluntaria en el proceso de justicia disminuía naturalmente. En este sentido, los normandos también instituyeron un acuerdo local llamado frankpledge. Con funciones similares a las del diezmo anglosajón, los miembros de un frankpledge debían perseguir y capturar a los ladrones y cumplir con los deberes de la corte. Basado en los requisitos de la obligación feudal más que en las reciprocidades, el frankpledge se ordenaba para asegurar la comparecencia de los miembros en la corte. Si un frankpledge fallaba, el grupo podía ser multado; del mismo modo, si un frankpledge no colaboraba en la persecución, el grupo estaba sujeto a una multa. Hay pruebas de que comunidades enteras fueron multadas de este modo.²³

La primera ley normanda. A partir de Enrique I, la legislación autoritaria adquirió una importancia creciente.²⁴ Durante el reinado de Enrique, se intentó traducir y exponer los códigos del rey sajón, Eduardo. Se añadieron otros tres libros de derecho a las traducciones para producir el Liber Quadripartitus. "Estos libros de leyes tienen. . . un tema principal. . . Se ha cometido un delito, probablemente algún delito violento. Quién debe entonces obtener dinero, y cuánto dinero, del delincuente".²⁵ Los ingresos por la aplicación de la ley eran obviamente la consideración más importante en la ley real. En esta época, las multas se habían vuelto muy complejas. "Las reclamaciones de los señores, las reclamaciones de la iglesia, las reclamaciones del rey se suman al número de diversas multas y multitudes que pueden exigirse, y a menudo están en desacuerdo entre sí. . .la antigua ley. . .se está desmoronando bajo la presión de los nuevos elementos que el feudalismo ha traído consigo".²⁶ La mayoría de las ofensas bajo los primeros normandos seguían

siendo definidas por la costumbre anglosajona, pero las ofensas que se consideraban violaciones de la paz del rey se ampliaron significativamente: "En el crecimiento de esta lista podemos estar seguros de que aunque la preocupación del rey por la ley y el orden era una causa, otro interés era la necesidad de dinero; para aumentar sus ingresos el rey sólo necesitaba usar su prerrogativa y lanzar su jurisdicción sobre otra ofensa."²⁷

Para ampliar los beneficios de la justicia, los reyes normandos y sus justicias comenzaron a permitir la apelación a un tribunal real. El apelante podía acusar al infractor de violar la paz del rey junto con la comisión de la ofensa real, y el acusado no podía negar haber roto la paz del rey. "Mediante la creación de esta ficción, prácticamente cualquier ofensa podía ser interpretada como violación de la paz del rey y así llevada ante la corte real".²⁸ Significativamente, esto también tendía a socavar el reconocimiento de la obligación de comportarse de acuerdo con las leyes consuetudinarias, ya que la apelación implicaba que la ley real era superior a la ley consuetudinaria.

Los reyes normandos también introdujeron el concepto de felonía en Inglaterra, al convertir en delito feudal que un vasallo traicionara o cometiera traición contra un señor feudal. Los delitos feudales se castigaban con la muerte, y todas las tierras y propiedades del delincuente quedaban en manos del señor. Pronto la felonía comenzó a desarrollar un significado más amplio: "De nuevo, la codicia real parece ser la mejor explicación para la expansión del concepto de delito. Cualquier delito llamado felonía significaba que si el apelado era encontrado culpable, sus posesiones pasaban a manos del rey. Cuantos más delitos se llamaran felonías, mayores serían los ingresos, y así la lista de felonías siguió creciendo a lo largo del siglo XII".²⁹

A medida que aumentaba la discrecionalidad de los reyes y sus tribunales, también lo hacía la arbitrariedad del castigo:

El forajido lo pierde todo, la vida y el cuerpo, las tierras y los bienes. . . El rey puede quitar la vida y elegir el tipo de muerte, o puede contentarse con una extremidad; puede insistir en el destierro o la abjuración de su reino o en la confiscación de bienes. El hombre que ha cometido uno de los malos crímenes que han sido causa de proscripción no se considera con derecho a un castigo justo. Bajo los nuevos reyes normandos, que no están muy vinculados a la tradición. ...los reyes podían favorecer ahora un castigo y ahora otro.³⁰

La aplicación de la ley difería en muchos aspectos bajo los reyes normandos de lo que había existido en la Inglaterra anglosajona, pero no por ello era más "justa". Cuando la justicia se vuelve discrecional se convierte en arbitraria.

La evolución de las instituciones del Derecho real

Muchos de los fundamentos del moderno sistema de derecho inglés se establecieron durante el reinado de Enrique II, un hombre que estaba "hambriento de poder político, tanto en el extranjero como en casa".³¹ Desarrolló el sistema de administración pública en Inglaterra iniciado bajo sus predecesores, incrementando en gran medida las funciones y poderes de los departamentos gubernamentales centrales permanentes y profesionales.³² Las innovaciones legales que se le atribuyen con frecuencia incluyen un tribunal permanente de jueces profesionales, frecuentes misiones regularizadas de jueces itinerantes, jurados inquisitoriales y el uso del "escrito original" como parte regular de la maquinaria de la justicia.³³

Las instituciones de Enrique II para la aplicación de la ley. Cuando Enrique II llegó al poder, consolidó y amplió su sistema de recaudación de ingresos, haciendo que la función judicial delegada de la curia regis fuera mucho más pronunciada y definitiva.³⁴ La corte del rey se apresuró a asumir muchas de las funciones que históricamente habían recaído en los tribunales

de condado y de cien.³⁵ Las funciones judiciales de la hacienda pública también evolucionaron rápidamente, y los barones de la hacienda pública empezaron a considerar casos que no tenían nada que ver con las disputas sobre las finanzas reales, excepto que generaban ingresos reales. El alto consejo de la hacienda se convirtió en un tribunal real que consideraba los mismos tipos de pleitos que el pequeño consejo de la curia regis.³⁶ Sin embargo, ahora se consideraba como un tribunal separado, "el primero de los grandes tribunales de derecho común que se separó del tribunal real",³⁷ y para 1165, los ministros del erario se denominaban justicias.

En 1168, los recaudadores de impuestos de circuito y los jueces itinerantes se habían convertido en otra "gran subdivisión" de la corte real. Los jueces itinerantes llevaban a cabo investigaciones reales sobre cuestiones financieras y de justicia, y transmitían las órdenes reales a los condados y centenas. Las justicias también amparaban a los grupos de francachelas que no cumplían o se negaban a cumplir con sus obligaciones policiales, multaban a las comunidades que no formaban a todos los hombres en grupos de francachelas y amparaban tanto a las comunidades como a las centenas que no perseguían a los delincuentes o no denunciaban todos los delitos a través de jurados de investigación. Tales amercamientos eran cada vez más importantes, lo que implicaba que los incentivos positivos recíprocos de la población para participar en la aplicación de la ley eran extremadamente débiles.

El creciente alcance de la justicia real creó un cúmulo de casos para el rey y su consejo, por lo que en 1178 Enrique estableció un tribunal permanente de curia regis para atender todos los pleitos excepto los que requerían su atención. Este tribunal se reunía durante todo el año y casi siempre en Westminster, convirtiéndose en el primer tribunal centralizado del rey. El tesorero siempre se sentaba en el tribunal de diez o doce hombres, lo que indica el papel vital de la justicia en la recaudación de ingresos. Los nobles a veces estaban ausentes, lo que refleja la competencia de Enrique con ellos y los esfuerzos por reducir su poder. El derecho canónico se había desarrollado más rápidamente que el derecho real como sistema de derecho autoritario administrado, por lo que dos o tres obispos prestaban su experiencia al tribunal.³⁸ Estos hombres ayudaron a convertir el derecho inglés en un sistema que acabaría rivalizando con el derecho canónico, reduciendo gradualmente la necesidad de un sistema canónico separado e incorporando varios elementos del mismo al derecho real. Pollock y Maitland han sugerido que "el mayor, su más duradero triunfo de Enrique en el campo legal fue este, que hizo de los prelados de la iglesia sus jueces".³⁹ Pero, Lyon sugirió

el sistema de jurisdicción real desarrollado por los angevinos debe ocupar un lugar secundario respecto a las innovaciones procesales. Aquí radica la originalidad del sistema de derecho común y la razón por la que los tribunales reales sofocaron tan rápidamente la competencia rival. El éxito de este procedimiento se debe a dos instrumentos reales: la cédula y el jurado.⁴⁰

A través de sus cancilleres, los reyes llevaban tiempo emitiendo autos a petición de un demandante, ordenando a un adversario que compareciera ante un tribunal. Bajo Enrique II, se establecieron precedentes sobre los diferentes tipos de cédulas y se desarrollaron formas legales. Al desarrollar nuevos writs, Enrique y sus burócratas inauguraron nuevos procedimientos de juicios civiles y establecieron de forma casi continua motivos que sólo podían ser juzgados en los tribunales reales.⁴¹ Todas las órdenes judiciales estaban "expuestas a la venta; tal vez algunas de ellas se puedan obtener ya por un precio fijo, para otras hay que llegar a un acuerdo. Sin embargo, el rey no es un mero vendedor, es un fabricante y puede fabricar bienes por encargo".⁴²

Los jurados que Enrique II utilizaba estaban

..íntimamente relacionados con el poder real. No sólo el rey y sus oficiales hacen el uso más libre de [el jurado] en forma de "una investigación de oficio" con el fin de obtener cualquier información que quieran sobre los derechos reales, las costumbres locales u otros asuntos en los que el rey tiene interés, sino que, como parte del procedimiento legal, civil y penal, el jurado se extiende hacia fuera del propio tribunal del rey.⁴³

Las funciones principales del jurado eran informar a los jueces del rey sobre diversos asuntos y formular acusaciones. Los alguaciles realizaban los arrestos correspondientes y establecían cárceles para contener a los acusados por los jurados. Sin embargo, el juicio no era "por jurado": era por ordalía.

El desarrollo de los jurados acusadores y el crecimiento de la corte del rey no fueron acontecimientos independientes. El uso de jueces itinerantes en un intento de centralizar el poder judicial condujo al desarrollo de los jurados locales. Enrique también buscaba ingresos, y una fuente importante era el componente del sistema judicial que se ocupaba de las violaciones de la paz del rey. Hay que tener en cuenta que "el rey obtenía su beneficio judicial tanto si el acusado era declarado culpable como inocente".⁴⁴ Si era culpable, la horca o la mutilación y el destierro, además de la confiscación de todos los bienes, eran los castigos típicos; si el acusado era declarado inocente, se le imponía una fuerte multa por falsa acusación. Por supuesto, esto reducía aún más los incentivos de las víctimas de delitos y de los grupos de francotiradores para denunciarlos. Los tribunales reales, los alguaciles y los jurados inquisitoriales eran innovaciones necesarias si el rey quería cobrar sus beneficios.

Enrique y sus jueces definieron un número cada vez mayor de acciones como violación de la paz del rey.⁴⁵ Estas ofensas llegaron a conocerse como "crímenes", y se desarrolló el contraste entre las causas criminales y las civiles, refiriéndose las causas criminales a las ofensas que generaban ingresos para el rey o los alguaciles en lugar de un pago a la víctima. Había claramente fuertes incentivos para que los hombres libres consideraran un delito como civil, y "el dilema 'criminal o civil' se ofrece a cada alegato".⁴⁶

Carta Magna. El afán de ingresos y poder del rey provocó un considerable descontento, especialmente durante el reinado de Juan. En 1215, poderosos barones renunciaron a su homenaje al rey y se rebelaron, exigiendo un documento que especificara las leyes y costumbres que los regirían.

El 19 de junio de 1215, Juan puso su sello en la Carta Magna, que es ampliamente percibida como un importante fundamento del gobierno constitucional angloamericano. "Según el gran justiciero Sir Edward Coke y otros, la Carta Magna había salvado a Inglaterra del dominio de los tiranos, había consagrado los derechos civiles y políticos básicos y había germinado el gobierno constitucional inglés".⁴⁷ Los barones del siglo XIII se presentaban como hombres que buscaban asegurar los derechos de todos los hombres, no sólo de los nobles. De hecho, la carta reflejaba un esfuerzo de los barones y otros grupos poderosos (por ejemplo, la Iglesia inglesa) por recuperar el poder y los privilegios que los reyes posteriores a Enrique I habían ido erosionando. La toma de rentas de los reyes, en muchas formas, se consideraba ahora ilegal, y la Carta Magna restablecía el derecho feudal de los barones a confiscar las tierras de los delincuentes. Además, "ningún hombre libre podrá ser apresado o encarcelado o destituido o proscrito o exiliado o destruido de alguna manera, salvo por el juicio legítimo de sus pares o la ley del país".⁴⁸ Este pasaje se interpreta ampliamente como una garantía de juicio con jurado para todos los ingleses, como una prohibición

-n de encarcelamiento arbitrario y como una concesión de justicia igual para todos (debido proceso). En realidad, su objetivo era obligar al rey Juan a garantizar el juicio de los barones ante sus pares según el procedimiento feudal existente, y estableció el "germen" del debido proceso para la aristocracia feudal.

Desde este primer período de expansión del gobierno en materia de derecho y aplicación de la ley, la "reforma" legal se llevó a cabo en el contexto del sistema institucional gubernamental de la época. Esto no debería sorprender. Esas instituciones se desarrollaron para transferir la riqueza a los grupos poderosos; los barones probablemente las conservarían, previendo su propio beneficio.

Tres grupos poderosos se combinaron en competencia con el rey Juan para obligarlo a afirmar la Carta Magna. Además de los barones y los prelados de la iglesia inglesa, los comerciantes estaban ansiosos por traducir su creciente poder económico en poder político. La Carta Magna garantizaba, por ejemplo, la libertad de viajar (un privilegio que los mercaderes habían tenido durante algún tiempo), se liberaba a los mercaderes de los "malvados y excesivos peajes" y se garantizaba a los boroughs las libertades y privilegios ya concedidos.⁴⁹ Ninguno de ellos representaba realmente cambios significativos, pero la mayor parte de la Carta Magna estaba orientada al pasado más que al futuro, restableciendo derechos y privilegios que los barones habían disfrutado en el pasado.

El Parlamento. Juan murió en octubre de 1216, dejando a Enrique III, de nueve años, como heredero al trono. El gobierno estuvo dominado por poderosos barones y prelados durante varios años, y para cuando Enrique III y luego Eduardo I tomaron el control del trono, el mayor problema del rey era el dinero. El poder económico y político en Inglaterra había cambiado considerablemente; la riqueza ya no estaba ligada exclusivamente a los derechos feudales y el poder político ya no estaba totalmente dominado por el poder militar. El control de las fuerzas militares por parte de los barones seguía siendo vital; pero el rey y los barones buscaban cada vez más el apoyo de los caballeros de los condados y de los comerciantes y sus distritos, cuya riqueza iba en aumento. A cambio, los caballeros y los mercaderes recibían reconocimiento en las decisiones políticas. El siglo XIII fue testigo de una continua lucha por el control de las instituciones gubernamentales, especialmente por el control de los impuestos y los gastos del gobierno, por lo que los barones y el rey se encontraron compitiendo entre sí por el apoyo de las nuevas fuentes de riqueza. De esta lucha surgió la institución parlamentaria.

La palabra *parliamentum* aparece por primera vez en las actas del King's Bench en 1236 para describir las reuniones de la curia regis. A finales del reinado de Eduardo, el término podía significar algo más: "por necesidad política y económica, el rey empezó a aumentar sus grandes y pequeños consejos con hombres que representaban a la aristocracia menor y a los hombres libres de los condados y a los burgueses de los boroughs".⁵⁰ Estas adiciones al consejo del rey se convertirían en permanentes en el siglo XIV y las asambleas resultantes se llamarían parlamento. Pero es durante el siglo XIII cuando vemos el impulso y los inicios del parlamento.

Tanto Enrique III como Eduardo I tuvieron que solicitar la aprobación del gran consejo para la mayoría de las leyes sustantivas y para los impuestos extraordinarios. De hecho, los reyes del siglo XIII solían tener que negociar directamente con el grupo al que se le cobraba el impuesto. En 1254, Enrique, en guerra y desesperado por conseguir fondos, reunió el gran consejo, con dos caballeros que representaban a cada condado y el clero de cada diócesis. Esta fue la primera asamblea de caballeros en conjunto con el gran consejo. En 1258, durante una insurrección baronal, tanto Enrique como los barones convocaron a representantes de los caballeros de los condados a asambleas en un esfuerzo por obtener su apoyo. Los barones enviaron la primera convocatoria, luego Enrique envió la suya, "aparentemente... intentando sabotear la reunión [de los barones] con una de las suyas".⁵¹

Los barones derrotaron a Enrique en 1264, y su líder convocó una asamblea formada por los barones y cuatro caballeros elegidos de cada condado. En 1265, convocó otro parlamento, "aparentemente con la esperanza de obtener una base más amplia de apoyo de la nobleza del condado y de la clase media del distrito".⁵² Reunió a cinco condes, dieciocho barones, dos caballeros en representación de cada condado, dos burgueses de cada municipio y dos canónigos de cada cabildo catedralicio, reuniendo por primera vez a todos los elementos que acabarían conformando los parlamentos venideros: condes, barones y prelados de la iglesia que formarían la Cámara de los Lores, y caballeros y burgueses que constituirían la Cámara de los Comunes. Sin embargo, una vez que el rey recuperó el poder, Enrique y Eduardo siguieron convocando simplemente a aquellos cuyo apoyo consideraban necesario para una acción concreta.

Entre 1258 y 1300 se convocaron unos setenta "parlamentos", de los cuales sólo nueve incluían representantes de los caballeros del condado y de los burgueses del burgo.⁵³ Uno, reunido por Eduardo en 1295, se cita a menudo como el "parlamento modelo". No fue un modelo por diseño intencional. Eduardo tenía una tremenda necesidad de dinero, y reunió a representantes de todos los grupos poderosos del reino para asegurar el consentimiento de un impuesto grande y amplio. Fue el mayor parlamento medieval jamás reunido, conteniendo todos los elementos que se encuentran en los parlamentos posteriores. Pero Eduardo convocó veinte parlamentos más durante su reinado y sólo tres tuvieron esta forma.⁵⁴ El parlamento modelo sí reforzó un precedente en la mente de los diversos grupos que representaba: los reyes no podían cobrar impuestos arbitrariamente a los grupos políticos poderosos sin su consentimiento.

En 1297, un Eduardo asediado por la guerra y desesperado obligó a unos pocos barones a aprobar un impuesto sobre todos los barones, caballeros y burgueses. A continuación, se apoderó de la lana reunida para la exportación, prometió pagarla más tarde, impuso un impuesto al clero sin negociación alguna y partió hacia la guerra de Francia. En cuanto partió, los grupos poderosos de Inglaterra se levantaron y se negaron a enviar dinero hasta que la Carta Magna fuera ampliada y confirmada. En noviembre, Eduardo cedió en su Confirmación de las Cartas, que garantizaba que el rey no cobraría impuestos extraordinarios o directos sin el consentimiento de los grupos poderosos afectados en Inglaterra. En el siglo XIV, "el regateo y las concesiones para el abastecimiento se convirtieron en el tema de la historia parlamentaria. Al asegurar el control de los hilos del erario real, la comunidad [formada por aquellos con poder político] del reino descubrió que podía limitar al rey".⁵⁵

Los parlamentos de Eduardo eran embrionarios en algo más que en la forma. Convocar un parlamento implicaba que los consejos grandes y pequeños estaban dispuestos a hacer justicia como un tribunal, y convocar a los caballeros y burgueses significaba que el rey iba a solicitar impuestos. Varios grupos podían presentar peticiones al rey, pero el elemento de negociación e intercambio de impuestos era claramente relevante. Además, el parlamento podía aprobar -o exigir- un estatuto declarado por el rey. Pero el rey seguía siendo la fuente reconocida de legislación. La política, la legislación y los impuestos se convirtieron en el centro del parlamento sólo después de que los barones tomaran el control del pequeño consejo de Eduardo III, y se unieran a los caballeros y burgueses para convertir el papel del parlamento.

El derecho común. En el siglo XIII, el rey y sus consejos se dedicaban claramente a la elaboración de leyes, pero los legisladores más activos durante el reinado de Enrique III fueron los jueces.⁵⁶ Enrique dio rienda suelta a sus jueces en la elaboración de nuevas normas y autos, y profesionalizó el poder judicial. El término "derecho común" aún no era de uso generalizado entre los practicantes del derecho real, pero la idea de un derecho evolutivo elaborado por los jueces y basado en los precedentes y la costumbre parece haber sido reconocida. Eduardo I no apreciaba la forma en que crecía el derecho hecho por los jueces, por lo que él y su parlamento comenzaron, a través de estatutos, "a rigidizar muchos puntos del derecho que los jueces y

abogados, por muy inteligentes que sean, no pueden eludir o modificar".⁵⁷ El crecimiento del derecho común se vio sustancialmente frenado, y el derecho creado por los jueces perdería terreno respecto al derecho estatutario a partir del reinado de Eduardo.

Tribunales. A mediados del siglo XIII, los altos tribunales del rey estaban avanzando hacia la estructura institucional que perduraría hasta finales del siglo XIX. El Tribunal del Banquillo del Rey, el Tribunal de Causas Comunes y el Tribunal del Tesoro se convirtieron en entidades identificables con jurisdicciones identificables. Se encargó a los jueces itinerantes que administraran todo tipo de justicia real en sus ojeos judiciales a los condados, pero su principal deber siguió siendo amonestar a los condados, centenas y diezmos por no cumplir con las funciones policiales y gubernamentales que se les habían asignado. Las quejas eran generalizadas y Enrique redujo la frecuencia de las visitas itinerantes, sustituyéndolas por comisiones judiciales cuyo único cometido era la justicia. Estas comisiones redujeron sustancialmente la necesidad de contar con jueces itinerantes, ya que las comisiones de assize consideraban un número cada vez mayor de casos civiles y las comisiones de gaol y oyer y terminers asumían una mayor carga de casos criminales. Al principio, los residentes locales (caballeros y barones) tenían una parte sustancial de los asuntos judiciales de las comisiones, pero gradualmente estas comisiones fueron transferidas a las justicias centrales, de modo que el derecho común era administrado cada vez más localmente por las justicias reales desde los tribunales centrales.

Los abogados. Había razones bien formuladas por las que la "evolución de la clase [de los asesores jurídicos] ha sido lenta, pues se ha resistido a ciertos principios antiguos".⁵⁸ Los individuos que no eran hábiles en el arte de alegar tenían menos probabilidades de poder ocultar su culpabilidad. Además, un litigante podía ser incapaz de contratar a un portavoz experto mientras que otro podía hacerlo. Así, en lugar de dar una ventaja injusta a un litigante, se desarrolló la costumbre de no permitir consejeros y abogados profesionales. Sin embargo, a principios del siglo XIII empezaron a aparecer los abogados. Los primeros registros de un abogado identifican a John de Planez como abogado de Enrique II, y Ricardo tenía un contingente permanente de abogados. Al igual que con otros desarrollos legales bajo los reyes ingleses, la profesión legal se desarrolló para dar una ventaja adicional al rey.

Hacia 1268, Enrique III contaba con un número de hombres bajo contrato permanente para actuar en su nombre en sus casos. El rey obtuvo una ventaja en sus propios pleitos y pudo vender el mismo privilegio a otros. Eduardo I tenía un gran número de "sirvientes o sargentos de la ley" bajo contrato y un gran número de "aprendices" que eran sus alumnos. Hacia 1292, estos letrados habían claramente "adquirido algún derecho exclusivo de audiencia".⁵⁹ Más importante aún, en ese año Eduardo ordenó a sus jueces que proporcionaran un número suficiente de abogados y aprendices en cada condado para que el rey y los poderosos estuvieran bien atendidos.⁶⁰

Londres comenzó a conceder licencias a dos grupos distintos de profesionales del derecho - abogados y abogados- en 1280, pero los jueces del rey tomaron el control de la función de concesión de licencias en 1292 y limitaron severamente el acceso a ambas ramas de la profesión: "aparentemente se aseguró un monopolio para aquellos que habían sido así designados".⁶¹ La profesión jurídica había comenzado a tomar forma. Los abogados y contadores se habían convertido en licenciados de la corte y rápidamente evolucionaron en un grupo profesional organizado. El derecho consuetudinario se estaba convirtiendo en jurisprudencia; aquellos que deseaban aprender la profesión se unían a gremios o fraternidades que finalmente se convirtieron en los Inns of Court, las escuelas de derecho inglesas.

Estos abogados profesionales tuvieron un efecto inmediato. El procedimiento legal se volvió mucho más complejo de lo que había sido anteriormente y, como señaló Lyon, "Apenas es necesario decir que [los abogados] prolongaron la justicia casi sin fin".⁶² Además, los abogados,

en lugar de los clérigos eclesiásticos, se convirtieron en los principales candidatos a jueces reales. El aislamiento resultante del derecho romano "permitió que el sistema de derecho común se convirtiera en un confuso rompecabezas de principios indefinidos. Se volvió engorroso y mal equipado para seguir el ritmo de las nuevas demandas que le imponían los cambios políticos, económicos y sociales."⁶³

Juicios con jurado. La mayoría de los casos civiles eran juicios con jurado durante el reinado de Eduardo I. Estos jurados, que consistían en hombres de la comunidad que presumiblemente habían sido testigos o tenían conocimiento de los hechos, eran convocados por el sheriff para escuchar los alegatos y emitir un veredicto.⁶⁴ El juicio por ordalía terminó efectivamente para los casos criminales en 1215, y "ni la ley ni el abogado sabían qué hacer con los hombres acusados que desbordaban las inadecuadas cárceles".⁶⁵ Se habían desarrollado autos para obtener juicios con jurado en algunos casos penales, pero no para la mayoría de los juicios penales. Por ejemplo, un acusado podía obtener un auto para que un jurado determinara si el acusador había presentado cargos por malicia o para determinar si un jurado inquisidor había actuado con malicia. Estos jurados se denominaban jurados menores para distinguirlos de los grandes jurados o jurados inquisitoriales. Esto sentó las bases para los juicios con jurado penal.

La opinión predominante de la época era que el juicio con jurado significaba un veredicto de culpabilidad, por lo que había una considerable resistencia a aceptar un juicio con jurado. Los jueces empezaron a buscar formas de obligar a los acusados a aceptar un juicio con jurado. Algunos acusados fueron encerrados en prisión durante un año y un día con poca comida y agua, pero aun así muchos rechazaron el juicio. En 1275, el primer estatuto de Westminster declaraba que los acusados de un delito grave que se negaran a aceptar una investigación con jurado serían "sometidos a una fuerte y dura prisión". Los acusados de delitos graves eran cargados con pesadas cadenas y piedras, colocados en la peor parte de la prisión, se les daba un poco de agua un día y un poco de pan al siguiente, hasta que aceptaban el juicio con jurado o morían. Muchos elegían la muerte. Si eran declarados culpables en un juicio, los acusados eran ejecutados y perdían todos sus bienes a favor de la corona. La muerte bajo "dura y severa presión" significaba que no era condenado y sus bienes pasaban a su familia.

La composición del pequeño jurado comenzó a cambiar gradualmente hacia finales del siglo XIII. En lugar de que los mismos hombres formaran parte de un jurado inquisidor y de un jurado menor, el gran jurado se incrementó con hombres elegidos al azar de las comunidades vecinas. En ocasiones, estos jurados llegaban incluso a veredictos de no culpabilidad. Sin embargo, el carácter testimonial seguía dominando, y a lo largo del siglo XIII los jurados menores eran grupos que juraban contar lo que sabían sobre un caso. El jurado de presentación y el jurado menor no se separarían por completo hasta mediados del siglo XIV, y pasarían otros quinientos años antes de que los jurados pudieran caracterizarse como imparciales.⁶⁶

Resumen. A finales del reinado de Eduardo I, se habían establecido las instituciones básicas del derecho gubernamental y, en muchos casos, la costumbre más antigua había sido alterada o sustituida por normas autoritarias para facilitar la transferencia de riqueza a grupos relativamente poderosos. Las justificaciones de "interés público" para un sistema legal e instituciones dominadas por el gobierno deben ser vistas como una racionalización ex post más que como explicaciones ex ante de su desarrollo. En lugar de continuar con un análisis de todo el proceso evolutivo entre los siglos XIII y XX, vamos a centrarnos en la competencia interjurisdiccional entre los tribunales de derecho común y los tribunales mercantiles, y en algunas de las consecuencias de la sustitución del sistema jurídico basado en la restitución por el derecho penal.

El conflicto interjurisdiccional y la absorción del derecho mercantil

La absorción del Law Merchant en el derecho real comenzó alrededor del siglo XII, cuando la mayoría de los gobiernos de Europa comenzaron a recoger y codificar sistemáticamente las normas consuetudinarias del Law Merchant.⁶⁷ Inglaterra no fue una excepción con su codificación de la Carta Mercatoria en el siglo XIV. No obstante, los mercaderes siguieron aplicando su propio derecho a través de sus propios tribunales, y hubo que inducirlos a llevar sus disputas ante los tribunales reales.

Transferencia del coste de la aplicación. Una de las razones por las que el derecho mercantil fue absorbido por el derecho común parece ser que los gobiernos demostraron su voluntad de hacer cumplir el derecho mercantil.⁶⁸ Cuando los mercaderes juzgaban y hacían cumplir su ley, tenían que asumir todo el coste ellos mismos; si la autoridad real estaba dispuesta a hacer cumplir la ley de los mercaderes y asumir parte del coste de la aplicación, los mercaderes se beneficiarían. El traslado del coste de la aplicación de la ley al gobierno es coherente con el aumento del poder político y la actividad política de los comerciantes. De hecho, la tendencia general de la regulación económica de la época estaba motivada principalmente por las demandas de los comerciantes de derechos de monopolio.⁶⁹

El reconocimiento del deber de obedecer la ley mercantil. Durante el siglo XIV, los reyes empezaron a elaborar leyes que hacían que los tribunales de los comerciantes fueran relativamente menos atractivos. En Inglaterra, por ejemplo, el Estatuto de la Grapa de 1353 codificó la costumbre declarando que los "mercaderes forasteros" debían recibir protección en los catorce principales centros de comercio de productos "básicos", principalmente lana, cuero y plomo. En realidad, el estatuto dictaba que las disputas en las que estuvieran implicados estos mercaderes extranjeros se resolverían conforme a la ley mercantil, pero se podía apelar al canciller y al consejo del rey. Al dar a los mercaderes acceso a la apelación real, se creó la apariencia de un respaldo real al Mercader de la Ley, y se estableció un papel para los tribunales reales en la aplicación de la ley comercial. Y lo que es más importante, se consiguió que la Ley Mercantil pareciera la ley menos decisiva. A través de un proceso gradual de absorción mediante la creación de acuerdos gubernamentales de aplicación más atractivos y el debilitamiento del reconocimiento del Law Merchant, las instituciones del common law se hicieron más aceptables para la comunidad mercantil.

El Estatuto de las Grapas también inició un proceso de concentración de los flujos de comercio exterior para facilitar su control por parte del Estado. La mayor parte del comercio exterior se vio obligado a pasar por unas pocas ciudades importantes y se crearon tribunales especiales en estas ciudades "de grapa" para administrar la Ley Mercantil.⁷⁰ Estos tribunales estaban formados por el alcalde de la ciudad, dos alguaciles y dos comerciantes. Desde estos tribunales de primera necesidad se podía apelar. Las ferias y los mercados seguían teniendo sus propios tribunales de mercaderes.

Competencia entre tribunales. Durante el siglo XV, los tribunales de derecho común comenzaron a atraer cada vez más casos comerciales. Los tribunales mercantiles siguieron estando disponibles para las disputas comerciales hasta principios del siglo XVII. Pero los tribunales reales fueron retirando gradualmente más casos de los tribunales mercantiles porque les interesaba económicamente a los jueces, a quienes se les pagaba en gran parte con los honorarios de los litigios.⁷¹ Los mercaderes siguieron siendo libres de elegir entre sus propios tribunales y los tribunales de derecho común a lo largo del siglo XVI, por lo que el hecho de que

los mercaderes eligieran los tribunales reales en número creciente implica que esos tribunales debían estar aplicando con éxito la Ley Mercantil. Siempre existía la amenaza de la competencia de los tribunales mercantiles privados, y si los tribunales reales querían el negocio de los mercaderes tenían que aplicar la ley a satisfacción de éstos.

La relación de competencia entre los tribunales reales y mercantiles se alteró sustancialmente en 1606. Al revisar un caso previamente juzgado en el marco de un arbitraje privado, Lord Edward Coke declaró "que aunque uno puede estar obligado a someterse al arbitraje, puede contradecir al árbitro. ...como un hombre no puede, por su propio acto, hacer que una autoridad tenga un poder o una garantía no contraria a lo que por ley y por su propia naturaleza es contraria".⁷² En otras palabras, las decisiones de los tribunales mercantiles podían ser revocadas por los tribunales de derecho común porque el propósito de un árbitro era encontrar un compromiso adecuado, mientras que el propósito de un juez era decidir sobre el fondo del caso. En esencia, Coke afirmaba que el Law Merchant no era un sistema de derecho separado e identificable, sino "parte del derecho de este reino".⁷³ Esto se interpretó como que los comerciantes estaban obligados a someterse a la jurisdicción de los tribunales del common law y a someterse a los procedimientos de esos tribunales. En efecto, la sentencia de Coke retiró la garantía del Estatuto de las Grapas. Como resultado, "los tribunales de mercaderes en las ferias, gremios y ciudades de mercado fueron abolidos, o alternativamente, se integraron en el sistema del common law".⁷⁴

El Mercader de Leyes subyugado. El Law Merchant cambió durante los siglos XVI y XVII, volviéndose menos universal y más localizado, ya que comenzó a reflejar las políticas, los intereses y los procedimientos del Estado. Sin embargo, la Ley del Comerciante sobrevivió por una buena razón. La costumbre todavía prevalecía en el comercio internacional, e Inglaterra era una gran nación comercial. Los jueces ingleses tenían que competir con otros tribunales nacionales por la atención de los litigios de los comerciantes internacionales. Para atraer casos relacionados con el comercio internacional, tenían que reconocer la costumbre comercial. Hubo cierta fragmentación en la forma del Derecho Mercantil en toda Europa, pero hubo poca diferencia en su fondo. El comercio entre estos países geográficamente contiguos se había convertido en algo vital, y reconocían que había un beneficio sustancial asociado al "libre comercio sin obstáculos por restricciones legales innecesarias".⁷⁵ Sin embargo, el Law Merchant siguió siendo vital en el derecho comercial internacional y, con el tiempo, resurgió como una influencia significativa en el common law, especialmente en los Estados Unidos.

La aparición del Derecho penal

La resistencia de las víctimas al desarrollo del derecho penal, junto con la pérdida resultante de la restitución y los incentivos que la acompañan, significó que los ciudadanos ingleses tuvieron que ser "obligados a cumplir con una política de palo y zanahoria de lenta evolución".⁷⁶ Por ejemplo, el derecho real imponía normas coercitivas que declaraban que la víctima era un delincuente si obtenía la restitución antes de llevar al delincuente ante la justicia del rey, donde éste podía obtener sus beneficios.⁷⁷ Esto no era un incentivo lo suficientemente fuerte, por lo que la ley real creó el delito de "robobote", convirtiendo en un delito menor el hecho de que una víctima aceptara la devolución de los bienes robados o llegara a otros acuerdos con un delincuente a cambio de un acuerdo de no persecución. Al delinear el desarrollo más temprano de los delitos menores, Pollock y Maitland sólo discutieron los "crímenes" de este tipo. Sugirieron:

Una gran parte del trabajo de los jueces [del rey] consistirá, en efecto, en poner en misericordia a hombres y comunidades culpables de negligencia en sus deberes policiales. Esto,

si tenemos en cuenta los resultados reales, es el principal negocio de la justicia. ...los jueces recaudan en total una gran suma de cientos, distritos, municipios y diezmos que se han comportado mal al no presentar o no detener a los delincuentes. . probablemente ninguna "comunidad" del condado escapará sin ser amonestada.⁷⁸

Se añadieron más leyes. Por ejemplo, los recursos civiles a una ofensa criminal no podían conseguirse hasta después de que se hubiera completado el proceso penal; el propietario de bienes robados no podía recuperar sus bienes hasta después de haber prestado declaración en un proceso penal; y se imponía una multa a los anunciantes o impresores que anunciaban una recompensa por la devolución de bienes robados, sin hacer preguntas. Sin embargo, los esfuerzos coercitivos para inducir a las víctimas y a las comunidades a perseguir y enjuiciar a los delincuentes no tuvieron éxito, y las instituciones gubernamentales han ido asumiendo la producción de estos servicios.

Jueces de paz. Uno de los primeros avances en la evolución de la vigilancia y el enjuiciamiento públicos fue la creación explícita de los jueces de paz en 1326. En ese momento, los JP eran simplemente "asignados para mantener la paz", pero en 1360 fueron facultados "para tomar y arrestar a todos los que encuentren por acusación o sospecha y ponerlos en prisión".⁷⁹ La mayoría de los JP eran terratenientes locales nombrados por comisión real para cada condado; y al igual que gran parte del aparato de justicia local, se esperaba que estos hombres desempeñaran sus funciones sin compensación monetaria.⁸⁰ A través de más de treinta estatutos emitidos desde finales del siglo XIV hasta mediados del siglo XVI, se asignaron a los JP tres funciones básicas en el proceso penal: 1) la toma de la acusación o la acusación, 2) la realización del juicio con jurado, y 3) el poder de la condena sumaria para los delitos menores.⁸¹

Las víctimas o su grupo de apoyo siguieron siendo los encargados de perseguir a los delincuentes y llevar a cabo la mayoría de los casos. Sin embargo, tras un estatuto de 1555, los jueces de instrucción estaban obligados a desempeñar un papel activo en la investigación de los casos de delitos graves; a organizar los casos para su enjuiciamiento, incluidos los documentos de examen; a ayudar al juez de paz a coordinar la acusación en el juicio; a citar para su comparecencia a todos los testigos pertinentes, incluidos los acusadores y el acusado; y a actuar como fiscal de refuerzo cuando un ciudadano privado no estuviera disponible.⁸² Se había introducido un elemento público en la acusación.⁸³

La participación militar internacional sirvió de gran impulso para el desarrollo de la fiscalía y la policía durante los siglos XVIII y XIX (así como de las prisiones y otras instituciones públicas de justicia penal). La economía -y en particular la economía londinense, ya que estaba fuertemente influenciada por la demanda gubernamental de material de guerra (o la falta de demanda, ya que el empleo solía disminuir inmediatamente después de una guerra)⁸⁴ - no podía absorber rápidamente la gran afluencia de veteranos tras una guerra. Además, según muchos observadores, los soldados "no estaban acostumbrados al trabajo ordinario y no estaban dispuestos a retomarlo cuando volvían a casa".⁸⁵ En cambio,

las conclusiones de las guerras en el siglo XVIII trajeron "una gran cosecha de crímenes", como se dijo en 1819. . . . La paz trajo de vuelta a Inglaterra a un gran número de hombres de mala reputación que habían pasado varios años embrutecidos por el servicio en las fuerzas armadas, sin que se hubiera previsto su reincorporación a la fuerza de trabajo. Después de cada guerra, se expresaba la misma queja.⁸⁶

El fracaso del aparato de control de la delincuencia existente era en parte una función de los tipos de delitos que los veteranos que regresaban cometían generalmente. Habían tenido un considerable entrenamiento en el trabajo sobre la violencia organizada. "No es de extrañar que

algunos pudieran emplear estas mismas habilidades en casa si les parecía necesario. Fue el poder de esos hombres en las bandas... lo que asustó a tantos comentaristas".⁸⁷ La delincuencia de las bandas a gran escala era un fenómeno nuevo, y era este tipo de delincuencia el que resultaba más difícil de manejar para el sistema de justicia penal.

La participación de las víctimas en la justicia penal se estaba encareciendo al mismo tiempo que se desarrollaba la delincuencia de bandas. Cuando una víctima presentaba una denuncia ante un JP, por ejemplo, podía tener que pagar por las citaciones y las órdenes judiciales si sus testigos y el sospechoso no estaban presentes. También había que pagar por los reconocimientos en los que él y los testigos quedaban vinculados para el juicio, por el secretario de paz o de la Audiencia para redactar la acusación, por el funcionario del tribunal que juraba a los testigos, por el portero de la sala, por el pregonero y por el alguacil que llevaba al fiscal desde el tribunal hasta la sala del gran jurado.⁸⁸ Más allá de estos honorarios, la cuantía de los gastos de asistencia al tribunal era incierta, ya que no se conocía la duración de la espera para comparecer ante el gran jurado ni el momento del juicio. A menudo, la víctima tenía que sufragar los gastos de comida y alojamiento tanto para ella como para sus testigos. La disminución de los incentivos para la participación de las víctimas en el control de la delincuencia, ante la fluctuación de la delincuencia urbana y el aumento de la delincuencia de las bandas, hizo que la vigilancia y el enjuiciamiento públicos fueran inevitables.

Ya en 1729, el gobierno central comenzó a apoyar la aplicación de la ley local en Middlesex, donde se encontraba la sede del gobierno y las residencias de la mayoría de los funcionarios y parlamentarios. Los motivos de interés propio de estos funcionarios del gobierno para trasladar el coste de la aplicación de la ley a los contribuyentes son ciertamente cuestionables. Ellos fueron los primeros en beneficiarse de estos gastos, mientras que el resto de la ciudadanía se vio obligada (por ley) a proporcionar sus propios servicios de policía y fiscalía. En 1729, el gobierno optó por apoyar económicamente a un JP de Middlesex para que prestara servicios de investigación y acusación criminal; se le conoció como el "JP de la corte". Poco después se desarrollaron acuerdos similares en Londres.⁸⁹

Sir Thomas deVeil fue el primer JP de la corte desde 1729 hasta 1746. Se conservan pocos registros de su mandato, pero está claro que participó activamente en el examen previo al juicio y como funcionario de la prisión. DeVeil fue sucedido por Henry Fielding, quien junto con su sucesor (su hermano John), parece haber tenido un efecto dramático en la aplicación de la ley en el área de Londres.

Las investigaciones de Fielding tenían tendencias opuestas. Por un lado, intentaba ampliar la red siguiendo pistas y fomentando mayores pruebas para el juicio en el viejo Bailey. Esta faceta del trabajo anticipó lo que se convirtió en la División de Investigación Criminal de Scotland Yard. Por otro lado, Fielding también filtraba y descargaba los casos que no se sostendrían, si se enviaban a juicio, y en este sentido fue el precursor del funcionario de prisión preventiva judicializada del siglo XIX.⁹⁰

Muchas de las fuerzas puestas en marcha por el desarrollo original del juez de paz se aceleraron durante el mandato de Fielding, y siguieron varios desarrollos institucionales interrelacionados. Todos estos desarrollos separados estaban entrelazados, alimentándose y ayudándose mutuamente.

Confesiones y "testigos de la Corona": Los inicios de las reglas de la prueba. El programa de "testigos de la corona" surgió como resultado de la creciente discrecionalidad de JP en cuanto a la decisión de procesar tras su investigación previa al juicio. Se admitió a un miembro de la banda como testigo de la corona y se le eximió del enjuiciamiento a cambio de su testimonio contra sus

compañeros de banda. Esto se convirtió en la principal estrategia para combatir la delincuencia de las bandas. Lo que puede parecer una innovación más bien inocua (sobre todo a la luz del uso del mismo tipo de programas en el enjuiciamiento penal de hoy en día) parece haber sido una fuerza importante que condujo al desarrollo de las normas sobre pruebas para los juicios penales.

Los jueces de los tribunales penales reconocieron un problema con el programa de testigos de la corona casi inmediatamente. En un fallo que sentó precedente en 1837, se señaló que "el peligro es que cuando un hombre está fijado, y sabe que su propia culpa es detectada, adquiere impunidad acusando falsamente a otros".⁹¹ Un criminal tenía incentivos para cometer perjurio, lo que claramente afectaba a la fiabilidad de su testimonio. Como resultado, "el sistema de testigos de la corona condujo a una de las primeras manifestaciones de lo que llegaron a ser las leyes de las pruebas penales, la regla de corroboración".⁹² En los juicios anteriores a 1735, señaló Langbein, "apenas se observaban las normas probatorias que más tarde llegaron a distinguir el procedimiento judicial angloamericano. Para [mediados del siglo XVII] . . el tono del juicio penal comenzó a cambiar en formas sutiles que, en retrospectiva, nos parecen presagiar el surgimiento del procedimiento adversario y la ley de la evidencia".⁹³ El inicio de la regla de corroboración fue uno de estos cambios. En 1751, la regla de corroboración obligatoria estaba en vigor como norma de veredicto dirigido, y los jueces desestimaban los casos sin escuchar a la defensa si la acusación se basaba únicamente en el testimonio no corroborado de los testigos de la corona.⁹⁴ El precedente de la regla fue *Rex v. Atwood & Robbins* (1788), que hizo que tales pruebas fueran admisibles "bajo las indicaciones y observaciones del Tribunal que las circunstancias del caso requieran, para decir si las consideran suficientemente creíbles para guiar su decisión en el caso".⁹⁵ Aquí vemos los inicios de lo que se ha convertido en las instrucciones a menudo detalladas que los jueces dan al jurado en relación con las reglas de la prueba.

Una práctica habitual en el programa de testigos de la Corona era establecer una competición entre presuntos miembros de bandas criminales. El que ofrecía más pruebas contra el mayor número de posibles delincuentes ganaba la competición y quedaba exento de la acusación; los perdedores generalmente tenían que admitir su culpabilidad. Los tribunales empezaron a preocuparse por el uso de este tipo de confesiones y en 1783 dictaminaron que no darían "ningún crédito" a una confesión "forzada desde la mente por el halago de la esperanza, o por la tortura del miedo".⁹⁶ Este caso sentó el precedente de la regla de la confesión, que

presagiaba el futuro del derecho angloamericano de las pruebas. Era una "regla de exclusión". Como la mayor parte del resto de la notable estructura que se erigiría en nombre del derecho probatorio durante las siguientes décadas, la regla de la confesión funcionaba excluyendo del jurado del juicio información concedidamente probatoria por temor a que el jurado careciera de la capacidad de evaluar la fiabilidad de la información adecuadamente. Por mucho que nos hayamos acostumbrado desde entonces a esta forma de manejar la adjudicación penal, debemos ser conscientes de que fue una invención reciente. ...y uno cuyos orígenes aún no han sido explicados.⁹⁷

La explicación se encuentra en las fuerzas puestas en marcha cientos de años antes y se refleja en la transformación de un sistema de derecho de daños consuetudinario de aplicación privada a un derecho penal de producción pública. Cada cambio iniciado por el gobierno creó problemas que requirieron cambios adicionales. Cuando la ley se diseña deliberadamente, sea o no bien intencionada, siempre habrá manifestaciones que los diseñadores no previeron. Cuando algunas de esas manifestaciones resultan ser indeseables, se diseñan nuevas normas, que también tendrán consecuencias imprevistas.

Juicios penales. A mediados del siglo XVI, la familiaridad con el delito ya no era necesaria para ser miembro del jurado.⁹⁸ Langbein sugirió que "esta transformación de los activos jurados medievales en los pasivos juzgadores de la sala es uno de los mayores misterios de la historia jurídica inglesa, que todavía no se comprende mejor que [hace un siglo]".⁹⁹ Pero realmente no es un gran misterio cuando nos damos cuenta de que el reconocimiento del deber de cumplir con las funciones de la ley se construyó originalmente sobre la restitución y la reciprocidad. La criminalización generalizada bajo los reyes normandos acabó por socavar incluso el sistema de jurados de los reyes.

Incluso cuando se desarrolló el juicio con jurado, estos juicios no se parecían en absoluto a lo que vemos hoy en día: "Hasta bien entrado el siglo XVIII, cuando el viejo Bailey [el tribunal penal de Londres] se reunía, juzgaba entre doce y veinte casos de delitos graves al día, y los juicios provinciales funcionaban con una rapidez similar. . . . ¿Cómo podía el Old Bailey de la década de 1730 procesar una docena de casos o más para un juicio con jurado completo en un día, mientras que en los tiempos modernos el juicio con jurado promedio requiere varios días de tiempo en el tribunal?"¹⁰⁰

En el Londres de 1730, era habitual formar dos jurados de doce personas para juzgar los aproximadamente 150 casos de delitos graves en una sesión de Old Bailey (los juicios reales solían formar un único jurado que juzgaba todos los casos). Las sesiones de los jurados se escalonaban para que uno pudiera escuchar las pruebas de una serie de casos mientras el otro estaba deliberando sobre otros. Muchos casos duraban sólo unos minutos, con pocas pruebas presentadas y pocas disputas. La mayoría de los miembros del jurado tenían experiencia, ya que habían servido antes, por lo que la instrucción judicial del jurado era superficial.¹⁰¹

Los jueces tenían un gran control sobre los jurados y el juicio en general. A menudo, el juez actuaba como examinador, interrogando al acusado y a los testigos y comentando a su antojo los méritos del caso. Los jurados interrogaban al acusado y a los testigos y hacían observaciones sobre los hechos, el carácter de los testigos, etc. También había mucha comunicación entre el juez y los jurados. Un juez podía dar por terminado un caso antes del veredicto y enviar al acusado a la cárcel si creía que el jurado se inclinaba por un veredicto inapropiado o si estaba claro que no se aportaban pruebas relevantes. Los jueces también podían ordenar "al jurado que encontrara un veredicto especial".¹⁰² El jurado podía no seguir las indicaciones del juez, pero al emitir tal declaración el juez abría nuevas opciones. Por ejemplo, "el juez podía rechazar un veredicto propuesto, investigar su base, discutir con el jurado, dar más instrucciones y exigir una nueva deliberación".¹⁰³ Hay registros de jurados que deliberaron más y alteraron sus veredictos, así como de jurados que persistieron en su hallazgo original. Este poder judicial no implicaba que los jurados se vieran obligados a fallar como quería el juez, sino que tenían una segunda oportunidad si el juez no estaba de acuerdo con ellos.

Es probable que las pruebas sean precisas en los juicios penales de los siglos XVII y XVIII, ya que no era inusual que el juicio se celebrara una semana después del crimen, cuando los recuerdos de los testigos estaban relativamente frescos. Además,

el acusado será prácticamente siempre el testigo más eficiente posible en un juicio penal. Incluso cuando tiene una defensa sólida, el acusado suele haber estado cerca de los hechos en cuestión, lo suficientemente cerca como para conseguir ser procesado.¹⁰⁴

El acusado no tenía otra opción que hablar en su propia defensa, porque no había abogados defensores que hablaran por él,¹⁰⁵ lo que nos lleva a la principal explicación del ritmo de los juicios penales antes de mediados del siglo XVIII.

Al acusado se le prohibió el asesoramiento. . . . La víctima u otro testigo denunciante, a veces ayudado por el alguacil y por el juez de paz, desempeñaba el papel que ahora asignamos al fiscal, reuniendo pruebas y presentándolas en el juicio. En consecuencia, el juicio con jurado aún no se prolongaba con las mociones, maniobras y discursos de los abogados que afligen al juicio moderno.¹⁰⁶

La entrada de los abogados en los juicios penales sería un factor importante que alteraría prácticamente todas las características que facilitaban la rápida resolución de los casos penales.

Abogados penalistas. Los abogados fueron contratados por el gobierno como fiscales en una larga serie de "juicios de Estado" relacionados con delitos políticos como la traición, y también en algunos casos penales importantes. A mediados de la década de 1730, las víctimas habían comenzado a emplear abogados de la acusación privados. Los abogados de la acusación no se utilizaron en gran número, y no cambiaron significativamente el carácter de los juicios penales, pero su participación tuvo una consecuencia importante.¹⁰⁷ Los jueces empezaron a permitir la presencia de un abogado defensor si se empleaba un abogado de la acusación, y el abogado defensor tuvo un impacto tremendo en el juicio penal.

La función principal del abogado defensor era el contrainterrogatorio,¹⁰⁸ y una serie de cambios estructurales en los juicios penales son directamente atribuibles a ese proceso. En primer lugar, el acceso al acusado estaba muy limitado. En segundo lugar, el abogado tenía que conocer los argumentos de la acusación para poder defender a su cliente. En consecuencia, "en lugar del altercado incoherente que había persistido en la práctica de principios del siglo XVIII, el juicio penal sufrió esa articulación en "casos" de la acusación y la defensa que tanto caracteriza al procedimiento adversario".¹⁰⁹ En tercer lugar, la demarcación de los casos de la acusación y la defensa significaba que la carga de "la prueba podía ser reconocida y las mociones de la defensa para un veredicto dirigido en la conclusión del caso de la acusación podían entrar en juego."¹¹⁰ En cuarto lugar, la posibilidad de guardar silencio para evitar la autoinculpación se convirtió en una opción y, en última instancia, en un privilegio. Se estaba formando la idea de que la defensa no era necesaria a menos que la acusación hubiera demostrado plenamente la culpabilidad.¹¹¹ Por último, la exclusión de pruebas se convirtió en una cuestión importante: "la consecuencia necesaria de [permitir la presencia de un abogado defensor] fue que las objeciones a la admisibilidad de las pruebas fueron mucho más frecuentes, [y] la atención de los jueces se dirigió al tema de las pruebas".¹¹²

Los dos cambios judiciales de las reglas de la prueba y del abogado defensor comenzaron rápidamente a alimentarse mutuamente. El abogado defensor apeló a las reglas de prueba existentes y cuestionó la admisibilidad de las pruebas no contempladas en las primeras reglas. Ante la insistencia de los abogados defensores, la atención de los jueces se centró cada vez más en las cuestiones relativas a las pruebas; y las reglas de la prueba comenzaron a evolucionar hasta convertirse en el complejo resultado en el que nos basamos hoy. "Estas adaptaciones estaban pensadas como parches, aplicados con el fin de reparar el sistema heredado. . . . Nadie podía prever que el procedimiento contencioso albergaba una dinámica interna hacia la complejidad tan implacable que acabaría por hacer inviable el juicio penal con jurado como procedimiento dispositivo rutinario."¹¹³ Las alternativas al juicio con jurado se hicieron necesarias.

Negociación de los cargos. A partir de 1586, un aumento gradual de las declaraciones de culpabilidad aparece en las actas de la audiencia. Muchas de esas declaraciones implicaban acusaciones modificadas para permitir un castigo menos severo que el que se hubiera requerido bajo los cargos originales.¹¹⁴ Cockburn ha propuesto dos razones para lo que pueden haber sido

acuerdos informales de declaración de culpabilidad. En primer lugar, el gobierno intentaba evitar la pérdida de decomisos como consecuencia de las absoluciones, por lo que los jueces y magistrados preferían obtener una condena por cargos menores. En segundo lugar, "el sistema de assize, con su calendario fijo y la incapacidad de garantizar la asistencia de los jurados de enjuiciamiento y los magistrados locales, era particularmente incapaz de absorber los aumentos de la actividad judicial. Cuando tales aumentos se producían de forma repentina, como parece que ocurrió al menos en tres ocasiones durante el reinado de Isabel, los procedimientos judiciales tradicionales se veían sometidos a una presión intolerable".¹¹⁵ Por otro lado, en Londres, antes de finales del siglo XVIII, "el procedimiento de los juicios era tan rápido que el tribunal no se veía presionado para inducir las renunciaciones del jurado. No podemos encontrar un rastro de negociación de los cargos en el Old Bailey en estos años".¹¹⁶ Con toda probabilidad, las mismas fuerzas cíclicas que ejercen presión sobre todos los demás aspectos del proceso de justicia penal condujeron a cierta negociación de los cargos, pero también es probable que el carácter sumario de los juicios penales hiciera que la negociación de los cargos no fuera necesaria en general. La pregunta es: ¿por qué se ha extendido el uso de la negociación de los cargos en lugar de otra solución al problema de la saturación de los tribunales?

En el derecho anglosajón, el fiscal de la víctima era libre de perseguir y procesar, pero también era libre de no hacerlo. Incluso después de que el derecho penal obligara a perseguir a los individuos, algunos simplemente optaron por ignorar esa ley autoritaria. A medida que los funcionarios públicos, en particular los jueces de instrucción, empezaron a realizar la preparación previa a la acusación, la discreción de perseguir la acusación parece haber pasado a sus manos. En el marco del concurso de testigos de la corona, por ejemplo, los JP podían eximir a los delincuentes culpables de su enjuiciamiento a cambio de su testimonio. Era un paso relativamente pequeño eximir a un delincuente del enjuiciamiento por algún delito a cambio de una declaración de culpabilidad por otro delito.¹¹⁷

Otro factor que contribuyó a la selección natural de la negociación de los cargos fue la larga tradición de la declaración de culpabilidad. De hecho, en el derecho anglosajón, la multa que se pagaba era menor si un delincuente admitía su culpabilidad que si trataba de ocultarla. Sin embargo, dada la discrecionalidad del fiscal, "la declaración de culpabilidad tenía una conveniencia intrínseca que orientó al sistema angloamericano hacia un procedimiento no judicial una vez que el juicio con jurado había sufrido la transformación que lo despojaba de su antigua eficacia."¹¹⁸

Otro factor que condujo a la negociación de la declaración de culpabilidad fue la insistencia en el juicio con jurado en lugar de con juez. Recordemos que los jurados fueron inicialmente resistidos, ya que se utilizaron para ampliar el poder de los reyes, pero la desconfianza hacia los jueces también era sustancial. En el contexto del derecho penal tal y como se desarrolló para ayudar a los reyes, la desconfianza hacia una de las instituciones de los reyes, los jurados, no era claramente tan grande como la desconfianza hacia otra, los jueces reales. Los jurados llegaron a ser considerados como la única salvaguarda potencial contra la manipulación de la aplicación de la ley para el beneficio político o financiero de los reyes.

Otro factor ayuda a explicar la facilidad con la que se adoptó la negociación de los cargos. Thomas Green sugirió: "Uno podría conjeturar que mientras la Corona tuviera el monopolio del castigo, éste sería muy severo".¹¹⁹ De hecho, "a medida que el énfasis se desplazaba de la restitución a la víctima. ...al castigo por supuestos crímenes cometidos 'contra el Estado', el castigo exigido por el Estado se hizo más y más severo".¹²⁰ Los hechos en los casos de pena capital que implicaban restitución en la época prenormativa, como el homicidio no planificado y los robos no violentos, fueron frecuentemente manipulados por los jurados inquisitoriales para evitar la pena capital, desvirtuando así el derecho penal real.¹²¹ La mitigación por parte de los jurados continuó

y adquirió especial importancia durante los juicios políticos del siglo XVII.¹²² La mitigación del jurado refleja un precedente de larga data para reducir la severidad del castigo en ciertos casos. La negociación de los cargos era otra forma de mitigar el castigo.

Había un conflicto considerable sobre cuál debía ser el castigo. Muchos jueces y jurados se mostraban reacios a imponer castigos físicos severos; otros abogaban por ese tipo de castigos. Lon Fuller señaló que la restitución tenía dos consecuencias importantes que promovían la armonía social y mantenían el orden social: 1) tendía a restaurar a la víctima y a eliminar su deseo de venganza violenta, y 2) beneficiaba al delincuente en el sentido de que recuperaba la "paz" y su lugar en la sociedad.¹²³ De hecho, la creación del derecho penal parece haber generado un mayor desorden social precisamente porque las víctimas ya no estaban "restauradas" a su nivel original de satisfacción y, por lo tanto, se volvieron más propensas a exigir un castigo físico severo.

El castigo por medio del encarcelamiento. Las prisiones, o cárceles, se utilizaban a pequeña escala ya en el siglo X para detener a los individuos acusados de un delito pero que esperaban el juicio. Pero los anglosajones no consideraban que la prisión fuera un castigo adecuado. Obligaría al delincuente a estar ocioso, lo que le dificultaría el pago de su restitución, y sería costoso para la comunidad. En la época de Enrique II, las prisiones de detención se estaban volviendo bastante comunes, ya que los juicios tenían que esperar cada vez más la llegada de un juez itinerante. Enrique III utilizó las prisiones para preparar al delincuente para el pago de una multa. De hecho, el encarcelamiento como forma de castigo surgió principalmente en relación con la negativa a pagar una multa. Las prisiones también se utilizaban para obligar a los acusados de delitos a declararse culpables. Estos individuos eran encarcelados y apilados con cadenas y piedras hasta que accedían a declararse culpables o morían.

Las cárceles no se financiaban con fondos públicos. Los alguaciles u otras personas que obtenían el derecho a dirigir una cárcel, a menudo pagando una cuota a la corona, obtenían sus ingresos cobrando a los presos y vendiéndoles alojamientos especiales.¹²⁴ A medida que se extendía el uso de las cárceles, en muchos casos las justicias del rey ya no necesitaban amenazar con el encarcelamiento para generar ingresos. En estos casos, por supuesto, los beneficios de la justicia surgían al mantener a alguien en prisión.

Las "casas de corrección" se establecieron por primera vez bajo Isabel para castigar y reformar a los pobres sanos que se negaban a trabajar.¹²⁵ A menudo se cita una "preocupación generalizada por los hábitos y el comportamiento de los pobres" como la razón de las leyes de pobreza relativas al vagabundeo y el establecimiento de instalaciones para "reformar" a los pobres ociosos confinándolos y obligándolos a realizar trabajos duros.¹²⁶ Pero Chambliss informó que "hay pocas dudas de que estos estatutos fueron diseñados con un propósito expreso: forzar a los trabajadores (ya sean personalmente libres o no) a aceptar un empleo con un salario bajo para asegurar al terrateniente un suministro adecuado de mano de obra a un precio que pudiera pagar".¹²⁷ Estas leyes reflejaban claramente la función de transferencia del gobierno.

La evolución del encarcelamiento está estrechamente entrelazada con el auge y el declive del transporte. Una ley isabelina de 1597 estableció la opción del transporte, y el transporte de algunos criminales a varias colonias británicas no tardó en llegar. Los indultos se podían conceder ahora con la condición de aceptar el transporte, y los comerciantes transportaban a criminales sanos para venderlos en régimen de servidumbre. Sin embargo, después de 1670, el sistema empezó a tener problemas. Las colonias protestaron a medida que aumentaba el número de delincuentes condenados que se les enviaba.¹²⁸ El sistema de transporte se interrumpía fácilmente durante los periodos de guerra, y las cárceles eran tan pequeñas que las interrupciones del sistema provocaban un importante hacinamiento.

En 1713, 1714 y 1715 surgió una crisis de delincuencia en la posguerra, al mismo tiempo que se produjo un cambio en el carácter del gobierno. El nuevo gobierno estaba ansioso por conseguir el apoyo de poderosos elementos políticos, muchos de los cuales estaban preocupados por la delincuencia. Ante el aumento del número de delincuentes, el nuevo régimen era "lo suficientemente fuerte, tanto política como financieramente, para asegurar que cualquier nuevo poder que se les concediera pudiera ponerse en práctica". Uno de los resultados fue la Ley de Transporte de 1718.¹²⁹ Inglaterra había experimentado una importante "revolución financiera" durante los veinte años anteriores que había ampliado sustancialmente las fuentes de ingresos del gobierno y su capacidad para aprovecharlos. Así, el nuevo gobierno estaba dispuesto a destinar fondos al control de la delincuencia para satisfacer las demandas de los poderosos intereses políticos. De hecho, el siglo XVIII fue testigo de un aumento gradual de la financiación gubernamental de muchos aspectos del derecho penal, a medida que disminuía como fuente de ingresos en relación con otras formas de ingresos y que aumentaban los problemas de la delincuencia. Finalmente, la Ley de Transporte de 1718 comprometió al Tesoro a pagar el transporte de criminales a las colonias americanas.

El transporte de delincuentes alcanzó su punto álgido en las décadas de 1750 y 1760, y la fe en su efecto disuasorio empezó a decaer ante una serie de guerras y crisis delictivas. Las casas de corrección se habían utilizado para "reformular" a los vagabundos y a algunos delincuentes sometiéndolos a trabajos forzados, y algunas voces influyentes abogaban por que este tipo de medidas se utilizaran más ampliamente con los delincuentes. Además de la creciente presión política, la Revolución Americana cerró repentinamente las colonias americanas al transporte. El Parlamento aprobó el confinamiento con trabajos forzados para los prisioneros susceptibles de ser transportados en 1776. La comunidad mercantil londinense fue una de las principales defensoras del proyecto de ley porque los presos iban a ser utilizados para dragar arena y grava del Támesis para mejorar la navegación del río. Los presos debían ser alojados en barcos en el río, llamados hulks.

El programa de los hulks no era el encarcelamiento en estado puro; sin duda había surgido de la experiencia del transporte, del que fue concebido como un sustituto temporal. . . . No obstante, era una forma de encarcelamiento con trabajos forzados, y muchas de las prácticas establecidas para castigar y gestionar a los convictos a bordo de los barcos anticipaban aspectos fundamentales de la penitenciaría tal y como iba a ser concebida, tanto en la teoría como en la práctica, dentro de unos años.¹³⁰

Los presos llevaban uniforme, por ejemplo, se permitían los azotes por mal comportamiento y los reclusos podían obtener la libertad anticipada por buena conducta.

Pronto se consideró que las prisiones eran instituciones que hacían más por corromper a los hombres que por reformarlos, y se exigió una reforma penitenciaria. Se aprobó la Ley Penitenciaria de 1779, supuestamente porque las condiciones en los calabozos se habían vuelto "espantosas" y la tasa de mortalidad era bastante alta. Sin embargo, quizás un factor más importante era el problema de la seguridad; habían estallado batallas entre los prisioneros y sus guardianes, y varios hombres se habían escapado.¹³¹ Pero la ley no eliminaba ni cambiaba las condiciones en los barracones, que seguían siendo la única alternativa significativa al transporte. La legislación dictaba que se construyeran prisiones en las que se pudiera mantener a los presos en régimen de aislamiento, reduciendo así la interacción entre los presos y la posibilidad de que se produjeran motines organizados. Los prisioneros debían ser sometidos a trabajos forzados, disciplina e instrucción religiosa. Pero las prisiones no se construyeron.

Los soldados que regresaban de la guerra americana trajeron otra crisis de delincuencia, lo que supuso una tremenda presión sobre el sistema de castigo existente. El funcionamiento de los barracones y los centros penitenciarios era caro y los costes aumentaban. Los barracones no podían absorber las condenas "disparadas" de la época y no se construían penitenciarías.¹³² Finalmente, en 1786, la presión política obligó al gobierno a actuar. A pesar de los elevados costes, el gabinete optó por transportar a los prisioneros a Botany Bay en Nueva Gales del Sur, Australia,¹³³ y el transporte volvió a ser la alternativa de castigo más importante.

Pero el gobierno había demostrado estar dispuesto a asumir grandes costes para castigar a los delincuentes y a utilizar las prisiones como castigo. Lo que se necesitaba era "mayores recursos económicos y un poder político más concentrado y activista y... [incluso] una mayor participación del Estado en la administración de justicia".¹³⁴ A principios del siglo XIX, el encarcelamiento era la principal forma de castigo para los delincuentes, y las acciones parlamentarias de 1823, 1865 y 1877 transformaron efectivamente el sistema de castigo de Inglaterra en un sistema penitenciario público financiado por los ingresos fiscales.

Policía pública. La persecución de los delincuentes y la protección frente a ellos siguió siendo un deber de todos los ciudadanos privados, quizá con la ayuda (o la insistencia coercitiva) de los sheriffs y los JP semioficiales, al menos hasta el siglo XIX. Pero a medida que la delincuencia y los ingresos aumentaban, los ciudadanos particulares comenzaron a contratar especialistas. A partir del año 1500 aproximadamente, los particulares o las organizaciones pagaban a los vigilantes, y los "ladrones" privados (cazadores de recompensas) perseguían y capturaban a los delincuentes y recuperaban los bienes para obtener las recompensas ofrecidas por particulares y grupos privados.¹³⁵

La dependencia de la policía privada cambió modestamente en 1737, cuando Jorge II comenzó a pagar a algunos vigilantes de Londres y Middlesex con el dinero de los impuestos. Además, el sistema de Henry Fielding requería que la gente buscara y detuviera a los sospechosos, ayudara en la retoma de bienes, patrullara y se infiltrara en las bandas. A principios de la década de 1750, comenzó a organizar una fuerza de alguaciles casi profesionales que llegaron a ser conocidos como los "Bow Street Runners".¹³⁶ Como Fielding era magistrado del tribunal, este grupo tenía cierto estatus "público", y sus ingresos procedían de las recompensas por las detenciones de delincuentes. Para 1792, otras siete oficinas de magistrados en el área de Londres habían organizado operaciones similares, y en 1805 la organización de Bow Street formó una patrulla a caballo para las zonas de las afueras de Londres. William Wooldridge observó: "Fielding se esforzó continuamente por obtener ayuda financiera del gobierno para que su pelotón pudiera ser asalariado regularmente. . . [pero] los ingleses se opusieron por principio a la idea de la policía pública durante la vida de Fielding. Temían la relación entre la policía y lo que ahora se conoce como el estado policial".¹³⁷

En 1822, Robert Peel fue nombrado Ministro del Interior. Peel creía que "no se puede tener una buena policía cuando la responsabilidad está dividida",¹³⁸ y que la única manera de consolidar la responsabilidad era a través del gobierno. Pero Peel tardó algún tiempo en crear realmente un departamento de policía pública. Incluso después de que el Parlamento diera a Peel la autoridad y la financiación para formar un departamento de policía metropolitana en Londres en 1829, hubo una importante oposición por parte de la población. Los ingleses sabían que la policía pública francesa, creada en 1667, siempre había proporcionado al rey información detallada sobre los ciudadanos y que, incluso después de la Revolución, la policía había abierto el correo, controlado la prensa y realizado detenciones y encarcelamientos sin juicio.¹³⁹ Napoleón acabó por temer el poder de su ministro de policía, pero el sistema permaneció intacto durante gran parte del siglo XIX. En un esfuerzo por aliviar los temores de los ingleses, los agentes de policía de Peel llevaban uniformes identificables para no poder espiar en secreto a los ciudadanos. Pero los ciudadanos seguían preocupados, y al parecer estaban justificados. Entre 1829 y 1831, por

ejemplo, 3.000 de los 8.000 policías públicos contratados fueron despedidos por "incapacidad, incompetencia o embriaguez".¹⁴⁰ Se hacía referencia a los agentes como "la pandilla sangrienta de Peel" o "diablos azules".¹⁴¹

Una vez establecida la institución de la policía pública, se transformó gradualmente. Al cabo de diez años se creó una unidad de detectives de paisano, y en 1863 se añadió la porra visible al atuendo del policía. La policía pública estaba en otras ciudades y distritos en 1835 y se estableció en los condados entre 1839 y 1856. La oposición sustancial impidió el desarrollo a gran escala de la policía pública durante algún tiempo, pero el apoyo aumentó gradualmente ante los repuntes cíclicos de la delincuencia. Y una vez que los individuos y grupos poderosos comenzaron a ver que podían trasladar el coste de su propia protección a los contribuyentes, el apoyo de los intereses especiales a la policía pública comenzó a crecer.¹⁴² Sin embargo, la policía pública no era tan eficaz como sus partidarios esperaban, por lo que los ciudadanos privados seguían confiando en la policía y la protección privadas.¹⁴³

La acusación pública. Los ingleses también se resistieron a la acusación pública porque "un sistema de acusación privada era necesario para controlar el poder de la Corona. Si no se limitaba, el poder de la persecución penal podía utilizarse con fines políticamente opresivos".¹⁴⁴ Poco a poco, los funcionarios del gobierno central ampliaron su poder en la persecución de los delitos "políticos", y a finales del siglo XIX ya existía un "sistema limitado de persecución gubernamental".¹⁴⁵ Se creó la Oficina de la Fiscalía, que empezó a desempeñar un pequeño papel en la persecución penal. Pero incluso hoy en día sólo una pequeña parte de los casos penales son realmente procesados por esa oficina; la mayor parte de su trabajo consiste en revisar los cargos que el director aprueba antes de su procesamiento.

Los fiscales han adquirido un poder considerable en la gestión de la acusación durante y después de la era Fielding, pero aparentemente prefieren no realizar personalmente la función de enjuiciamiento. Esa función seguía estando en gran medida en manos de las víctimas, y los JP tendían a delegar en los alguaciles sus funciones de enjuiciamiento o testimoniales en evolución. Por supuesto, las víctimas privadas no recibían ninguna restitución, y soportaban costes sustanciales en honorarios, tiempo y problemas. No es de extrañar que muchos ciudadanos estuvieran dispuestos a ceder el papel de la acusación a otra persona. El miedo a la persecución pública se dirigía principalmente al gobierno central, por lo que una burocracia localizada era la organización gubernamental natural para asumir esas funciones. Así, "los departamentos de policía instituyeron la política de recibir las denuncias de las víctimas de los delitos, investigar los cargos y, si se consideraba apropiado el enjuiciamiento, presentar los cargos contra el delincuente y gestionar el enjuiciamiento dentro de su propia oficina".¹⁴⁶ Los agentes de policía no tardaron en llevar a cabo los procesos en los tribunales, incluyendo la presentación de los cargos, el examen de los testigos, la dirección del magistrado y la discusión con el abogado defensor.¹⁴⁷

Sin embargo, el enjuiciamiento público en Inglaterra requería una ficción legal. Según el derecho común, el enjuiciamiento sigue siendo privado: "El derecho consuetudinario inglés sostiene que los oficiales de policía no son distintos del cuerpo general de ciudadanos... por lo tanto, cuando un oficial de policía inicia un proceso penal está actuando legalmente no en virtud de su cargo sino como un ciudadano privado interesado en el mantenimiento de la ley y el orden".¹⁴⁸ Teóricamente, pues, quedan los vestigios de la confianza del derecho anglosajón en la acusación privada.¹⁴⁹

Conclusiones

El sistema de common law que hemos heredado fue moldeado en gran medida, no por algún deseo de organizar la sociedad en el "interés público", sino por los objetivos interesados de los reyes, sus burócratas y los grupos poderosos de Inglaterra. Una respuesta a esto podría ser: "¿Y qué? Ahora vivimos en una democracia representativa; ya no hay un rey poderoso, así que nuestros representantes pueden ahora moldear el sistema legal para beneficiar al público en general". Hay dos problemas con este argumento.

1) Orden impuesto frente a orden espontáneo. Según el derecho consuetudinario, "el orden espontáneo surge de que cada elemento equilibra todos los diversos factores que operan sobre él y ajusta todas sus diversas acciones entre sí, equilibrio que se destruirá si algunas de las acciones son determinadas por otro organismo sobre la base de conocimientos diferentes y al servicio de fines distintos."¹⁵⁰ El sistema de derecho consuetudinario que heredó nuestra democracia representativa ya estaba viciado por una larga historia de "mandatos directos" que pretendían estar "al servicio de fines diferentes". Además, las normas legisladas determinadas sobre la base de un conocimiento incompleto siguen alterando la evolución natural de la ley y el orden. Hemos examinado sólo una pequeña parte de la transición del derecho consuetudinario al autoritario, y los cambios más dramáticos pueden haber ocurrido en el siglo XX. Berman sostuvo, por ejemplo, que los postulados consuetudinarios básicos se están socavando a medida que las sociedades occidentales han girado hacia el colectivismo en la ley, con un énfasis en la propiedad estatal o pública, las limitaciones a la libertad contractual, etc.¹⁵¹ Durante este siglo han surgido áreas completamente nuevas del derecho gubernamental, como las relaciones laborales, la regulación de los valores, la vivienda pública y la seguridad social. Los procesos de creación de normas gubernamentales son tan omnipresentes que Lon Fuller llegó a la siguiente conclusión

Hoy, la tendencia es convertir toda forma de orden social en un ejercicio de la autoridad del Estado. . . . La legislación, la adjudicación y la dirección administrativa, en lugar de percibirse como procesos interactivos distintivos, se ven como ejercicios unidireccionales del poder estatal. El contrato se percibe, no como una fuente de "derecho" o de ordenamiento social en sí mismo, sino como algo que deriva toda su importancia del hecho de que los tribunales del Estado están dispuestos a aplicarlo. La costumbre es ignorada prácticamente en su totalidad. ...y los juristas consideran que sólo es digna de atención cuando es reconocida por los tribunales y, por tanto, convertida en "ley".¹⁵²

Esto puede parecer sorprendente a la luz de los acontecimientos históricos que condujeron al establecimiento de una nación independiente en los Estados Unidos. Pero cuando los países occidentales rechazaron el poder de la monarquía, no rechazaron la idea de que el gobierno era la fuente suprema de la ley y, por tanto, del orden social.

2) Facilitar la interacción frente a facilitar las transferencias. El hecho de que la ley gubernamental se haya impuesto tanto como lo ha hecho no es un reflejo de la eficacia superior del gobierno representativo a la hora de elaborar o aplicar leyes que faciliten la interacción. Es, más bien, un reflejo del propósito general del gobierno de transferir la riqueza a los que tienen poder político. El poder de coacción del gobierno es necesario para realizar las transferencias. En el derecho consuetudinario, los individuos tenían incentivos recíprocos para reconocer sus normas de obligación y participar en la aplicación de dichas normas. La naturaleza adversa del derecho autoritario, que enfrenta a grupo contra grupo en el proceso de toma/transferencia, promueve el desorden en lugar del orden. De hecho, bajo la ley gubernamental, los individuos tienen incentivos para no participar en un esfuerzo cooperativo para mantener el orden.

El objetivo expreso de los funcionarios del gobierno en una democracia representativa puede no ser la acumulación y centralización del poder, pero esa es una consecuencia necesaria del proceso tal y como ha evolucionado dentro de las instituciones desarrolladas por los reyes medievales. Tanto si el gobierno que produce la ley es un rey totalitario como una democracia representativa, el poder está centralizado y se utiliza la coerción para imponer al resto de la población normas beneficiosas para algunos. El gobierno sigue siendo un mecanismo de transferencia de riqueza.

NOTAS

1. El poder militar sigue siendo una consideración importante en muchos lugares (por ejemplo, Filipinas, Nicaragua, El Salvador, Líbano), y el terrorismo de tipo militar es un factor político importante.
2. Los pagos de transferencias pueden alterar los incentivos de los receptores de forma que creen riqueza para terceros. Véase, por ejemplo, Gary M. Anderson, "Welfare Programs in the Rent-Seeking Society", *Southern Economic Journal* 54 (octubre de 1987): 377-386.
3. W. Samuels y N. Mercurio, "Property Rights, Equity and Public Utility Regulation"; in *New Dimensions in Public Utility Pricing*, ed. H. Trebing (East Lansing: Michigan State University Press, 1976), p. 50.
4. Eric G. Furubotn, "Comment", en *New Dimensions in Public Utility Pricing*, p. 108.
5. Bruce L. Benson, "Rent Seeking from a Property Rights Perspective", *Southern Economic Journal* 51 (octubre de 1984): 393-394.
6. Roger L. Faith, "Rent-Seeking Aspect of Bureaucratic Competition", en *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society*, ed., James M. Buchanan, y Buchanan, James M. Buchanan, Robert D. Tollison y Gordon Tullock (College Station: Texas A & M University, 1980), p. 33.
7. Sir Frederick Pollack y Frederick W. Maitland, *History of English Law*, vol. 2 (Washington, D. C.: Lawyers' Literary Club, 1959), p. 453.
8. Bruce Lyon, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, 2ª ed. (Nueva York: W. Norton and Co., 1980), pp. 62-63.
9. *Ibidem*, p. 63. Los alguaciles evolucionaron en realidad a partir de los corregidores reales, que eran los representantes de los reyes en las centenas y señoríos reales.
10. *Ibidem*, p. 65.
11. William Stubbs, *The Constitutional History of England* (Chicago: University of Chicago Press, 1979), p. 42.
12. Peter Hunter Blair, *An Introduction to Anglo-Saxon England* (Londres: Butterworths, 1971), p. 211.
13. Lyon, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, p. 52.
14. Blair, *An Introduction to Anglo-Saxon England*, p. 208.
15. Pollock y Maitland, *History of English Law*, vol. 1, p. 94.
16. Lyon, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, p. 163.
17. Pollock y Maitland, *History of English Law*, vol. 1, p. 53.
18. *Ibidem*, pp. 109-110.
19. Lyon, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, p. 145.
20. *Ibidem*, p. 146.
21. *Ibidem*, p. 148.
22. A cambio de sus servicios, los alguaciles recibían tierras, pero "obtenían sus mayores ingresos de lo que extorsionaban al pueblo. . . . Esto era un requisito del cargo y se daba por sentado; era la razón por la que tantos hombres estaban dispuestos a pagar caro por el cargo". Véase *ibid.*, p. 170.
23. *Ibidem*, p. 196.
24. Pollock y Maitland, *History of English Law*, vol. 1, p. 111.
25. *Ibidem*, p. 106.
26. *Ibidem*, pp. 106-107.
27. Lyon, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, p. 189.
28. *Ibidem*, p. 190.
29. *Ibid.*
30. Pollock y Maitland, *History of English Law*, vol. 2, pp. 461-462.
31. Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983), p. 439.
32. *Ibidem*, p. 443.
33. Pollock y Maitland, *History of English Law*, vol. 1, p. 138.
34. *Ibidem*, p. 153.
35. *Ibid.*
36. Lyon, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, p. 282.
37. *Ibid.*
38. Pollock y Maitland, *History of English Law*, vol. 1, p. 154.
39. *Ibidem*, p. 132. Énfasis añadido.
40. Lyon, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, p. 288.
41. *Ibid.*
42. Pollock y Maitland, *History of English Law*, vol. 1, p. 151.
43. *Ibidem*, p. 141.
44. Lyon, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, p. 295.
45. Pollock y Maitland, *History of English Law*, vol. 1, p. 455. Véase también Richard E. Laster, "Criminal Restitution: A Survey of Its Past History and an Analysis of Its Present Usefulness," *University of Richmond Law Review* 5 (Fall 1970): p. 75.
46. Pollock y Maitland, *History of English Law*, vol. 2, p. 165.
47. Lyon, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, pp. 310-311.

48. Pollock y Maitland, *History of English Law*, vol. 1, pp. 171-172.
49. Lyon, *A Constitutional Legal History of Medieval England*, p. 316.
50. *Ibidem*, p. 413.
51. *Ibidem*, p. 417.
52. *Ibidem*.
53. *Ibidem*, p. 418.
54. *Ibidem*, p. 420.
55. *Ibidem*, p. 421.
56. *Ibidem*, p. 433.
57. *Ibidem*, p. 436.
58. Pollock y Maitland, *History of English Law*, vol. 1, p. 211.
59. *Ibidem*, p. 216.
60. *Ibid.*
61. *Ibid.*
62. Lyon, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, p. 447. A diferencia de los litigantes de casos civiles, a los acusados penales no se les permitía la representación legal, por lo que el procedimiento penal era mucho menos complejo.
63. *Ibidem*, p. 438.
64. Sin embargo, la sentencia en sí no era definitiva. Un acusado podía obtener otro juicio alegando un error, o podía adquirir una orden judicial para demandar al jurado por emitir un veredicto falso.
65. Lyon, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, p. 450.
66. *Ibidem*, p. 452.
67. Berman, *Law and Revolution*, p. 341.
68. *Ibidem*, p. 343.
69. Robert B. Ekeland y Robert D. Tollison, "Economic Regulation in Mercantile England: Hecksher Revisited", *Economic Inquiry* 18 (octubre de 1980): 565-572.
70. W. Mitchell, *Essay on the Early History of the Law Merchant* (Nueva York: Burt Franklin, 1904), p. 72.
71. Baker, *An Introduction to English Legal History*, p. 31. 72. Ver también William M. Landes y Richard A. Posner, "Adjudication as a Private Good", *Journal of Legal Studies* 8 (marzo de 1979): 258.
72. Citado en Steven Lazarus, et al., *Resolving Business Disputes: The Potential for Commercial Arbitration* (Nueva York: American Management Association, 1965), p. 18.
73. Citado en Leon E. Trakman, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law* (Littleton, Colo.: Fred B. Rothman and Co., 1983), p. 26.
74. *Ibidem*, p. 26.
75. *Ibidem*, p. 25.
76. Laster, "Criminal Restitution", p. 76.
77. Ver *ibid.* para la discusión y las citas de los siguientes cambios legales.
78. Pollock y Maitland, *History of English Law*, vol. 2, pp. 521-522.
79. Citado de Sir James F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (Nueva York: Burt Franklin, 1883), p. 190.
80. John H. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany and France* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1974), p. 5.
81. *Ibidem*, p. 66.
82. Ver John H. Langbein, "The Origins of Public Prosecution at Common Law", *American Journal of Legal History* 17 (1973): 334; J. H. Gleason, *The Justice of the Peace in England 1558-1640* (Oxford: Clarendon Press, 1969), p. 2.
83. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance*, pp. 34-35.
84. J. M. Beattie, *Crime and the Courts in England, 1660-1800* (Oxford: Clarendon Press, 1986), p. 228.
85. *Ibidem*, p. 229.
86. *Ibidem*, p. 226.
87. *Ibidem*, p. 227.
88. *Ibidem*, p. 41.
89. John H. Langbein, "Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources", *University of Chicago Law Review* 50 (invierno de 1983): 76.
90. *Ibidem*, p. 63.
91. Citado en *ibid.*, p. 97, de Regina v. Farler, 8C y pp. 106, 108, 173 Eng. Rev. 418, 419 (Worcester Assizes 1837).
92. *Ibidem*, p. 96.
93. *Ibid.*
94. *Ibidem*, p. 98.
95. Citado en *ibid.*, p. 102, de 1 Leach en 465-466, 168 Eng. Rep. en 334-335 (1788).
96. Citado en *ibid.*, p. 103, de Rex v. Warickshall 1 Leach 263, 168 Eng. Rep. en 235 (1783).
97. *Ibidem*, p. 104.
98. J. S. Cockburn, *Calendar of Assize Records: Home Circuit Indictments, Elizabeth I and James I* (Londres: Her Majesty's Stationary Office, 1985), p. 57.
99. Langbein, "The Origins of Public Prosecution at Common Law", p. 314. Ver también Thomas A. Green, *Verdict According to Conscience: Perspectives on the English Criminal Trial Jury, 1200-1800* (Chicago: University of Chicago Press, 1985), p. 105.
100. John H. Langbein, "The Criminal Trial Before the Lawyers", *University of Chicago Law Review* 45 (invierno de 1978): p. 274.
101. *Ibidem*, pp. 276, 277; Beattie, *Crime and Courts in England, 1660-1800*, p. 376.
102. Langbein, "The Criminal Trial Before the Lawyers", p. 345.
103. *Ibidem*, p. 291.
104. *Ibidem*, p. 284.
105. Sin embargo, hay que tener en cuenta que hubo un nivel sustancial de absoluciones durante el siglo XVII. Ver *ibid.*, p. 267; Beattie, *Crime and the Courts in England, 1660-1800*, p. 418.

106. John H. Langbein, "Understanding the Short History of Plea Bargaining", *Law and Society Review* 13 (invierno de 1979): 263-264.
107. Beattie, *Crimes and the Courts in England, 1660-1800*, p. 354.
108. *Ibidem*, p. 361.
109. Langbein, "Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial", p. 131.
110. *Ibid.*
111. Beattie, *Crime and the Courts in England, 1660-1800*, p. 375.
112. W. Best, citado en Langbein, "Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial", p. 131.
113. *Ibidem*, p. 134.
114. Cockburn, *Calendar of Assize Records*, p. 65.
115. *Ibidem*, p. 69.
116. Langbein, "The Criminal Trial Before the Lawyers", p. 278.
117. Langbein, "Understanding the Short History of Plea Bargaining", p. 267.
118. *Ibidem*, p. 268.
119. Green, *Verdict According to Conscience*, p. 367.
120. Murray N. Rothbard, "Punishment and Proportionality", en *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution and the Legal Process*, ed. Randy E. Barnett y John Hagel III (Cambridge, Mass.: Ballinger Press, 1977), p. 262.
121. Green, *Verdict According to Conscience*.
122. *Ibidem*, p. xviii.
123. Lon Fuller, "The Law's Precarious Hold on Life", *Georgia Law Review* 3 (1969): 539.
124. Beattie, *Crime and the Courts in England, 1660-1800*, p. 290; Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, p. 484.
125. Beattie, *Crimes and the Courts in England, 1660-1800*, p. 492.
126. *Ibidem*, p. 497.
127. William Chambliss, "A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy", *Social Problems* 12 (verano de 1964): 69.
128. Beattie, *Crime and the Courts in England, 1660-1800*, p. 479.
129. *Ibidem*, p. 503. Énfasis añadido.
130. *Ibidem*, p. 567.
131. *Ibidem*, p. 573.
132. *Ibidem*, p. 593.
133. *Ibidem*, p. 599.
134. *Ibidem*, p. 617.
135. Truett A. Ricks, Bill G. Tillett y Clifford W. Van Meter, *Principles of Security* (Cincinnati: Criminal Justice Studies, Anderson Publishing Company, 1981), pp. 2-3; Beattie, *Crime and Courts in England, 1660-1800*, p. 192.
136. Langbein, "Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial", p. 67.
137. William C. Woodridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man* (New Rochelle, N.Y.: Arlington House, 1970), pp. 119-120.
138. Citado en Richard S. Post y Arthur A. Kingsbury, *Security Administration* (Springfield, Ill.: Charles C. Thomas, 1970), p. 13.
139. Frank Morn, *The Eye that Never Sleeps* (Bloomington: Indiana University Press, 1982), p. 10.
140. Ricks, et al., *Principles of Security*, p. 6.
141. *Ibidem*, p. 6.
142. Beattie, *Crime and Courts in England, 1660-1800*, p. 67.
143. Ricks, et al., *Principles of Security*, p. 8. 144. Ver Benson, "The Evolution of Law: Custom Versus Authority" (ms, Tallahassee, Fl.: Florida State University, 1990).
144. Juan Cárdenas, "The Crime Victim in the Prosecutorial Process", *Harvard Journal of Law and Public Policy* 9 (primavera de 1986): 361.
145. *Ibidem*, p. 362. La Ley de Enjuiciamiento de Delitos de 1879 estableció la Oficina del Director de la Fiscalía Pública con una "lista muy circunscrita" de funciones. Sin embargo, el poder de la oficina en el ámbito de la persecución penal se ha ampliado desde entonces.
146. *Ibidem*, p. 363. Énfasis añadido.
147. La mayoría de los procesos penales en Inglaterra siguen siendo llevados a cabo por la policía. Si un caso es especialmente complejo, se puede contratar a un procurador o abogado; y hay una tendencia creciente en las zonas urbanizadas de Inglaterra a que los departamentos de policía contraten procuradores permanentes.
148. Cárdenas, "The Crime Victim", p. 365.
149. Aproximadamente el tres por ciento de los acusados siguen siendo procesados de forma privada. *Ibid.*
150. F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1 (Chicago: University of Chicago Press), p. 51.
151. Berman, *Law and Revolution*, pp. 36-37.
152. Lon L. Fuller, *The Principles of Social Order* (Durham, N.C.: Duke University Press, 1981), pp. 156-157.

SEGUNDA PARTE

LA LEY AUTORITARIA A LA
LUZ DE LA PUBLIC CHOICE

CAPÍTULO 3

EL DERECHO Y LA JUSTICIA COMO MERCADO POLÍTICO

Muchas de las instituciones públicas de nuestro moderno marco legal se desarrollaron para facilitar los esfuerzos de los monarcas por centralizar y consolidar su poder. Estas instituciones siguen vigentes en la democracia representativa. Ahora bien, las disposiciones administrativas siguen reflejando las respuestas a las demandas de los grupos de presión políticamente activos. Esta clase de reclamación no es nueva. De hecho, la naturaleza política del sistema judicial y la influencia de los grupos de intereses sobre él ha sido reconocida por mucho, autores.¹ James Eisenstein comentaba:

Un punto debe quedar inequívocamente claro: el proceso legal es una parte integral del proceso político. No sólo muestra las principales características del sistema político en cuanto a su reclutamiento, funcionamiento e impacto, sino que parece desempeñar un papel específicamente crucial en la configuración de los patrones de quién obtiene qué. Dado que está íntimamente ligado al uso legítimo de la fuerza coercitiva en la sociedad, se encuentra en el corazón de la política.²

Dado que el sistema jurídico asigna los costes y los beneficios del sistema político, las partes interesadas tienen fuertes incentivos para tratar de influir en las aportaciones y los resultados del sistema jurídico.

Los grupos de presión política desempeñan un papel importante en la determinación de la política jurídica que emana del proceso legislativo. De hecho, como señaló Rhodes, "en lo que respecta a la política y la legislación en materia de delincuencia, la opinión pública y las actitudes suelen ser irrelevantes". Sin embargo, no ocurre lo mismo con los públicos específicamente interesados en la justicia penal, especialmente en la política legislativa.³ Lo que se define como conducta delictiva por ley, por ejemplo, es el resultado de un proceso político. Hay que entender este proceso político para entender la delincuencia.⁴

La presión de los grupos de interés influye en algo más que en la definición legislativa de las actividades delictivas y las sanciones. Todas las áreas del derecho están sujetas a la manipulación de los grupos de interés a través del proceso legislativo. Además, una vez aprobadas las leyes, la administración de justicia también se ve influida por los grupos de interés. Al fin y al cabo, la mera aprobación legislativa de las normas no proporciona ninguna orientación ni incentivo para su aplicación. Se intentará influir en los tribunales, la policía, los fiscales y el resto del sistema administrativo para garantizar que se apliquen las leyes que cada grupo desea.

Las visiones de los intereses especiales sobre el gobierno existen desde hace mucho tiempo, pero sólo recientemente se ha intentado desarrollar una teoría formal y rigurosa del gobierno de intereses especiales.⁵ El trabajo de George Stigler fue probablemente una de las contribuciones más influyentes, aunque extrajo sus ideas de muchos exámenes anteriores del proceso político.⁶ Stigler describió la regulación gubernamental como un proceso de oferta y demanda, con los grupos de interés en el lado de la demanda y los representantes legislativos y sus partidos políticos en el lado de la oferta. Varios teóricos han ampliado esta percepción

examinando los lados de la demanda o de la oferta del intercambio. Una cuestión de interés es lo que demandan los grupos de interés y lo que ofrece el gobierno.

La asignación y defensa de los derechos de propiedad

Quienes adoptan la teoría de los grupos de interés sobre el gobierno asumen que el objeto de la demanda de los grupos de interés es una transferencia de riqueza.⁷ Este punto de vista puede ser algo engañoso si se interpreta como que los individuos se involucran en las actividades de los grupos de interés sólo si pueden ganar o evitar perder riqueza monetaria o física. Muchos de los que participan activamente en el ámbito político obtienen poca o ninguna riqueza monetaria personal de sus esfuerzos. Más bien, obtienen una satisfacción considerable al influir en el resultado del proceso político para que se ajuste más a su visión de lo que debería ser el "interés público". Por supuesto, si la "riqueza" se define de forma más amplia como bienestar o satisfacción, no hay motivo de confusión. No obstante, definamos los objetos de la demanda de los grupos de interés y las funciones del derecho gubernamental como 1) la asignación de derechos de propiedad y 2) la aplicación de cada asignación de derechos de propiedad.⁸ Los derechos de propiedad especifican las "normas de comportamiento" que las personas deben observar cuando interactúan entre sí.⁹ Al hacerlo, "transmiten el derecho a beneficiarse o perjudicar a uno mismo o a otros".¹⁰ En otras palabras, los derechos de propiedad dictan la distribución de la riqueza y los cambios en los derechos de propiedad transfieren la riqueza. Además, el concepto de derechos de propiedad abarca toda la legislación, incluso los estatutos penales, que definen o atenúan diversos "derechos humanos", así como los derechos sobre la propiedad material. Los gobiernos gobiernan creando y aplicando derechos y modificando y cambiando los derechos a medida que se instituyen las transferencias de riqueza.¹¹

Las demandas de los grupos de intereses

Stigler sostenía que los grupos de interés exigen un trato favorable a sus representantes políticos. Este mercado político distribuye los favores a los que tienen la mayor demanda efectiva. Un pequeño grupo de interés con una gran participación per cápita tiende a dominar a un grupo mayor con intereses más difusos debido a la relación entre el tamaño del grupo y el coste de obtener un trato político favorable. Se trata de dos costes. El primero es el coste de la información. El voto a los representantes legislativos es infrecuente y suele referirse a un conjunto de cuestiones, por lo que los individuos deben incurrir en costes para informarse sobre cuestiones y políticos concretos. Esta inversión no merece la pena a menos que las ganancias esperadas en derechos, o la pérdida potencial de derechos debido a las demandas de otros grupos de interés, sean relativamente grandes.¹²

También hay costes de organización. Los individuos deben reconocer primero su interés (obtener información) y luego organizarse para expresar ese interés a los políticos y burócratas. La expresión de los intereses incluye la movilización de votos y dinero, así como la información a los funcionarios del gobierno de los deseos del grupo y de su fuerza política (lobby). Estos costes de organización tienden a aumentar más rápidamente que el tamaño del grupo.¹³

Posner amplió la teoría de los grupos de interés de Stigler con un análisis más detallado de los costes de organización en el contexto de la teoría de los cárteles y el problema del free rider.¹⁴ Hay dos costes principales de la cartelización: 1) llegar a un acuerdo y 2) hacer cumplir un acuerdo. Los miembros potenciales de un grupo de interés ven el coste de organizarse para buscar cesiones de derechos beneficiosas como una inversión. Es probable que los individuos realicen esta inversión si no tienen una inversión alternativa más atractiva. Por lo tanto, la

ganancia neta por capital esperada de la participación en las actividades de los grupos de interés se comparará con otras inversiones de los individuos.

Una vez que un grupo de interés potencial ha llegado a un acuerdo sobre los objetivos y las estrategias, cada miembro tiene el incentivo de evitar pagar toda su parte, ya sea monetariamente o en términos de tiempo. Este tipo de organizaciones tienden a desmoronarse debido al problema del "free rider".¹⁵ El problema del "free rider" explica la observación de que los grupos pequeños pueden ser eficaces en la obtención de beneficios normativos, mientras que los grupos grandes pueden no serlo. Es más fácil organizar un grupo de interés eficaz y dispersar los costes si el grupo de interés es pequeño. Si un benefactor potencial se niega a participar en el esfuerzo de cooperación, el esfuerzo generalmente se colapsará: "Así, todos tenderán a participar, sabiendo que cualquier deserción es probable que sea seguida rápidamente por la deserción de los restantes miembros del grupo, dejando al desertor original en peor situación que si hubiera cooperado".¹⁶

El coste de llegar a un acuerdo tiende a ser menor cuando el grupo de interés potencial tiene homogeneidad de intereses, por lo que los grupos con un enfoque muy limitado suelen tener éxito. Pero los grupos pueden ser eficaces incluso si tienen intereses heterogéneos. Stigler señaló que algunos miembros de un grupo pueden tener incentivos para tomar la iniciativa en la formación de una coalición o en la búsqueda de beneficios, a pesar de la falta de apoyo de otros benefactores cuando existe una asimetría significativa entre los miembros.¹⁷ Las leyes y las políticas de aplicación de la ley pueden adoptar una gran variedad de formas y pueden afectar a los posibles miembros del grupo de interés de forma diferente. Por lo tanto, algunos individuos tendrán fuertes incentivos para presionar a los intereses del grupo para que reflejen sus opiniones. Stigler sostenía que, aunque los grupos pequeños suelen organizarse con más facilidad que los grandes, con la asimetría un gran grupo de individuos puede estar representado eficazmente por unos pocos individuos con fuertes intereses.

Profundizando en este punto, James Q. Wilson clasificó la demanda de regulación en tres categorías. En primer lugar, con la "política de grupos de interés", tanto los costes como los beneficios están estrechamente concentrados, por lo que los grupos de ambos lados de una cuestión se organizan y compiten. En segundo lugar, la "política clientelar" se aplica cuando los beneficios de una política están concentrados pero los costes están muy dispersos, por lo que sólo un grupo plantea demandas al sistema político. Por último, la "política empresarial" describe una situación en la que los beneficios de una política están dispersos, pero un "empresario hábil" actúa como "representante indirecto de grupos que no forman parte directamente del proceso legislativo".¹⁸

Aunque este desglose es útil para una comprensión más completa del proceso político, el término "grupo de interés" se utilizará aquí para referirse a todas las organizaciones que ejercen presión política en un esfuerzo por generar un cambio gubernamental en los derechos de propiedad. Esto no significa que todos los miembros de los grupos de interés o sus representantes estén motivados únicamente por intereses egoístas. De hecho, aunque a menudo se pueden identificar posibles motivos de interés propio en los grupos que buscan cambios en la ley, muchos creen firmemente que los cambios que exigen son de "interés público". Como señaló Wilson, "una teoría completa de la política de regulación -de hecho, una teoría completa de la política en general- requiere que se preste atención a las creencias, así como a los intereses".¹⁹ Por supuesto, el "interés público" es un concepto normativo. Es lo que cada individuo cree que es, y su percepción suele estar afectada por sus propios intereses. No obstante, utilizar "grupo de interés" para describir todos los grupos de presión política no debería implicar ningún juicio negativo sobre los miembros de dichos grupos.

¿Cómo consiguen los grupos de interés que sus demandas sean efectivas? Posner enumeró tres bases para la fuerza política de los grupos de interés: 1) el trato favorable puede ser recompensado con los votos de los miembros; 2) se pueden hacer pagos monetarios (es decir, contribuciones a la campaña) para obtener asignaciones de derechos favorables; y 3) los derechos se "conceden a los grupos que son capaces de hacer amenazas creíbles de tomar represalias con la violencia (o el desorden, o el paro laboral, o la queja) si la sociedad no les da un trato favorable".²⁰ Los grupos de interés con suficiente respaldo monetario también pueden obtener eficazmente sus fines deseados mediante el litigio. Por ejemplo, los grupos de interés que recurren al proceso judicial suelen creer que no tienen suficiente poder político para obtener la asignación de derechos que desean de una legislatura o burocracia. Los cambios iniciados a través de los tribunales pueden producir los derechos deseados directamente, o pueden forzar indirectamente la acción legislativa.²¹

También hay que tener en cuenta otros factores. En primer lugar, Peltzman observó que más de un grupo de interés puede obtener beneficios de una política concreta, y pueden surgir coaliciones de grupos de interés.²² En segundo lugar, Hirshleifer señaló que los propios burócratas encargados de hacer cumplir la ley constituyen un grupo de interés que se beneficia cuando se aprueban leyes que deben ser aplicadas, y esos burócratas pueden exigir cambios.²³ También es probable que los sindicatos de empleados públicos desempeñen un papel considerable en el proceso de elaboración de políticas. Las burocracias reguladoras parecen tener una ventaja sobre otros grupos de interés en lo que respecta a los costes de organización y cabildeo, porque a menudo pueden apropiarse de una parte de su presupuesto para cubrir algunos de los costes.²⁴ También tienen fácil acceso a los funcionarios electos que aprueban las leyes y establecen los presupuestos, por lo que los costes de los grupos de presión parecen ser relativamente bajos. Los sindicatos de empleados públicos también tienen una ventaja relativa por su capacidad de interrumpir servicios que sólo ellos pueden prestar legalmente. Por último, un grupo de interés puede verse obligado a organizarse y exigir el mantenimiento del statu quo para evitar pérdidas por posibles cambios que beneficien a otro grupo de interés.²⁵ Por lo tanto, el número de grupos de interés que buscan derechos puede cambiar con el tiempo, y los grupos de interés políticamente dominantes pueden cambiar.

Las respuestas del gobierno a las demandas de los grupos de intereses

Los grupos de interés pueden dirigir sus esfuerzos a varios niveles del sistema legal, incluyendo el poder legislativo, la burocracia de aplicación y la burocracia judicial. En teoría, cabe esperar que estas organizaciones gubernamentales respondan a las demandas de los grupos de interés de diferentes maneras. Peltzman asumió que el comportamiento maximizador de la utilidad de los políticos podía predecirse considerándolos como maximizadores de la mayoría.²⁶ Concluyó:

1. El poder legislativo tenderá a favorecer a los grupos de interés más poderosos políticamente.
2. Más de una organización puede verse favorecida a costa de otras.
3. Cuando hay diferencias entre los miembros de un grupo de interés, los beneficios (o costes) para los miembros que se derivan de una determinada asignación de derechos serán diferentes entre los miembros.
4. El grupo de interés favorecido no será favorecido en la medida en que podría serlo; un legislador nunca actúa como un intermediario perfecto para un único grupo de interés.

Dado que los legisladores desean cumplir con las condiciones marginales del intercambio político, Stigler y sus seguidores sostienen que este proceso de transferencia debería cumplir eficientemente con lo que está diseñado para hacer. Posner concluye:

Un corolario de la teoría económica de la regulación es que se puede esperar que el proceso regulador funcione con una eficiencia razonable para lograr sus fines. Los fines son el producto de una lucha entre grupos de interés, pero... sería contrario a los supuestos habituales de la economía argumentar que se elegirían medios despilfarradores o inapropiados para lograr esos fines.²⁷

Así pues, la teoría de los grupos de interés del gobierno implica que los legisladores intentan asignar eficientemente los favores políticos. La eficiencia política deseada por los legisladores no es equivalente a la eficiencia económica. La teoría implica que el poder legislativo intenta satisfacer eficientemente los deseos que interesan a pequeños grupos poderosos y no al público en general.

En el caso de la legislación económica se han encontrado pruebas considerables en apoyo de los esfuerzos legislativos previstos para la eficiencia política.²⁸ Los legisladores han establecido muchos acuerdos organizativos e institucionales en un intento de lograr esta eficiencia política. Por ejemplo, una legislatura podría tomar todas las decisiones por sí misma, como una comisión plenaria. Pero los órganos legislativos tienen unos costes de decisión elevados que aumentan bruscamente a medida que aumenta el número de decisiones. La negociación entre un gran número de individuos implica altos costes de transacción, que aumentan considerablemente a medida que aumenta el número de negociadores.²⁹ Por lo tanto, una legislatura no puede responder de manera eficiente aumentando su tamaño. Las legislaturas delegan el poder de decisión principal en sus comités, y la eficiencia política mejora. Se reduce el número de negociadores que intervienen en la toma de cada decisión y se permite a los legisladores especializarse. Un pequeño número de legisladores se vuelve relativamente versado en unas pocas áreas, y son capaces de determinar mejor las fuerzas relativas de los grupos de interés y las demandas de los grupos. El sistema de comités facilita el proceso de logrolling, que es vital para satisfacer eficazmente los deseos de los grupos de interés.

Los poderes de ejecución (y a menudo de elaboración de normas) se delegan en las agencias burocráticas por la misma razón que las legislaturas delegan los poderes de decisión en los comités, debido a los elevados costes de transacción de la toma de decisiones en un grupo grande. Por supuesto, cuando se delegan los poderes de ejecución y de elaboración de normas en las agencias, hay que examinar los incentivos de los burócratas para ver si prefieren regular de forma eficiente. Estas autoridades pueden considerarse como empresas que producen un servicio: la aplicación de asignaciones de derechos de propiedad determinadas por la legislación. El modelo de Niskanen sobre el intercambio de servicios burocráticos por un presupuesto ha sido modificado para ajustarse a la oferta de derechos de propiedad en el contexto de la teoría del interés especial del gobierno.³⁰ El modelo predice que los burócratas generalmente tienen incentivos para hacer cumplir en exceso y producir cualquier nivel de cumplimiento de manera ineficiente. Los legisladores, a su vez, deberían intentar obligar a los burócratas a producir de una manera políticamente eficiente utilizando diversos dispositivos de control.

El término "aplicación excesiva" no pretende implicar que las burocracias encargadas de hacer cumplir la ley detengan a demasiados delincuentes y los castiguen con demasiada severidad. Significa que cualquier asignación de derechos apoyada por poderosos intereses políticos será aplicada en exceso. Por ejemplo, si los grupos de interés poderosos obtienen más

derechos para los acusados o para los presos, esos derechos se aplicarán con más diligencia de lo que el poder legislativo preferiría. Esto podría significar menos detenciones y castigos menos severos de lo que es políticamente óptimo desde el punto de vista de la legislatura. Los organismos burocráticos también tratarán de hacer cumplir los derechos de forma ineficiente gastando un presupuesto por unidad de aplicación mayor del necesario, si pueden apropiarse de parte de los presupuestos asignados por el poder legislativo para su propio beneficio. Un gestor burocrático podría utilizar una parte de su presupuesto discrecional, por ejemplo, para mejorar el entorno de su oficina o ampliar su plantilla.

Existen restricciones que obligan a los burócratas a tener un comportamiento relativamente eficiente. Supongamos que los legisladores sólo tienen dos funciones: 1) elegir las asignaciones de derechos adecuadas y 2) controlar las burocracias de ejecución. El tiempo y el personal de los legisladores deben repartirse entre estas dos funciones al tiempo que intentan mantener el apoyo político. En este caso, la mayoría de un legislador típico es una función de la cantidad de tiempo que dedica a evaluar las condiciones de la demanda para determinar las asignaciones de derechos, las asignaciones de derechos de propiedad que selecciona y los beneficios netos para los grupos de interés favorecidos (netos de las pérdidas para otros) que resultan de la aplicación de los derechos. Los beneficios netos son una función del nivel de aplicación que el legislador permite.

Las opciones de un legislador no son tan simples, pero la implicación es que los esfuerzos de un legislador para maximizar el voto están sujetos a restricciones. Las asignaciones presupuestarias reales se aproximan a las asignaciones políticamente óptimas a medida que el legislador dedica más tiempo a controlar a los burócratas. Sin embargo, el tiempo disponible para evaluar las demandas relativas de los grupos de interés disminuye a medida que el legislador dedica más tiempo a controlar el rendimiento de la burocracia. Por lo tanto, los legisladores se enfrentan a una compensación, y se prevé cierta ineficacia burocrática y un exceso de aplicación. Como recordaba un antiguo legislador estatal

Cuando, de joven, entré en la legislatura estatal como miembro de primer año, me quedé totalmente confundido por la cantidad de tiempo que se dedicaba a clasificar la legislación de intereses especiales. . . .

En cualquier cuadra de grupos de interés que un legislador individual deba complacer, hay dos tipos de caballos: aquellos con los que no debe enemistarse activamente y a los que se puede inducir a apoyar o, al menos, a ser neutrales con respecto a su candidatura, y aquellos que ayudan activamente a su elección, ya sea entregando votantes o entregando dinero que puede utilizarse para entregar votantes.

Al servicio del segundo grupo, el legislador medio utiliza todo su crédito personal, su crédito político y la mayor parte de su energía creativa y su tiempo. . . . No es posible iniciar programas; lo máximo que podemos esperar es que los legisladores reaccionen a los programas.³¹

Está claro que el control de la actuación de los burócratas no ocupa un lugar destacado en la lista del legislador típico a la hora de asignar su tiempo y esfuerzo. No obstante, también debería haber pruebas de los esfuerzos legislativos para controlar a los encargados de hacer cumplir la ley.

Un importante dispositivo de control legislativo es el mantenimiento de fuentes alternativas de aplicación de la ley. Cuando el poder legislativo tiene diferentes autoridades de aplicación de la ley entre las que elegir, los burócratas se ven obligados a competir por el presupuesto de aplicación de la ley. En efecto, cada organismo se enfrenta a una demanda relativamente elástica. En este caso, las solicitudes presupuestarias de los burócratas y los niveles de aplicación de la ley están más cerca del presupuesto y la aplicación óptimos de los legisladores.

Hay que destacar otra implicación de este modelo teórico de aplicación de los derechos de propiedad. Dado que los sueldos o prebendas de los burócratas están directamente relacionados con el nivel de producción y el tamaño del presupuesto, se deduce que a los burócratas les suele resultar gratificante desplazar su propia demanda. Esto lleva a dos implicaciones importantes. En primer lugar, los burócratas pueden estar dispuestos a utilizar parte de sus propios recursos o su presupuesto discrecional para influir en el poder legislativo. Es decir, los burócratas encargados de hacer cumplir la ley constituyen grupos de interés que exigen leyes. En segundo lugar, los burócratas tienen incentivos para informar a los legisladores de la fuerza y los deseos de otros grupos de interés, por lo que sirven como una importante fuente de información para la legislatura.

Por supuesto, como las legislaturas suelen delegar en los burócratas el poder de elaboración de normas, los grupos de interés presionan directamente a las burocracias para obtener derechos favorables. Sin embargo, el presupuesto para la aplicación de las normas sigue procediendo del poder legislativo, por lo que los burócratas deben informar al poder legislativo de los cambios que se producen en la carga de trabajo como consecuencia de la satisfacción de las demandas de los grupos de interés. Por lo tanto, la presión de los grupos de interés sobre los burócratas es relativamente ineficaz a menos que los burócratas puedan persuadir a la legislatura para que amplíe el presupuesto de aplicación como consecuencia de dicha presión.

El modelo burocrático del tipo Niskanen sólo considera importantes los incentivos del director de la oficina e ignora los incentivos de los funcionarios de base. Además, los directores de oficina pueden proceder de circunstancias muy diferentes y tener objetivos muy distintos. En este sentido, James Q. Wilson optó por clasificar a los reguladores en tres grupos distinguibles pero que a menudo se solapan: 1) los arribistas "que identifican su carrera y sus recompensas con el organismo", por lo que "el mantenimiento del organismo y de su posición en él es de suma importancia"; 2) los políticos que "se ven a sí mismos con un futuro en un cargo electivo o de nombramiento fuera del organismo", por lo que la mejora de su imagen fuera del organismo constituye su principal motivación; y 3) los profesionales cuyas recompensas dependen "de su exhibición de un comportamiento profesionalmente aprobado y de su competencia técnica" ante "miembros organizados de ocupaciones similares" dentro y fuera del organismo.³²

Estas consideraciones pueden aportar ideas para entender el rendimiento burocrático, pero no cambian las predicciones principales del modelo de Niskanen. Se supone que los arribistas de Wilson, por ejemplo, están más preocupados por evitar el escándalo, que probablemente sea la única amenaza para su posición y su agencia. Sin embargo, si un arribista está en una posición de poder, no desea ser acusado de no hacer nada, por lo que "proliferará las normas para cubrir todas las posibles contingencias". Wilson observó que "los críticos de las agencias reguladoras se fijan en esta proliferación de normas y suponen que es el resultado de los instintos "imperialistas" o expansionistas de las organizaciones burocráticas [a la Niskanen]. Aunque hay ejemplos de este tipo, a mí me llaman más la atención los instintos defensivos, de evitar amenazas y minimizar el escándalo de estas agencias".³³ Así pues, se produce el mismo resultado pero por una razón diferente. Si una agencia tiene tanto burócratas de Niskanen como arribistas de Wilson, sus incentivos se complementarán entre sí, dando lugar a demasiadas normas que requieren una mayor burocracia y más recursos. Además, los burócratas Niskanen se esforzarán por evitar los escándalos. Los "políticos" de Wilson son como los burócratas de Niskanen en el sentido de que tenderán a ser "enérgicos defensores de la regulación".

Añadir los "profesionales" de Wilson supone una modesta contribución al poder predictivo de la teoría de Niskanen. Los profesionales del ámbito de la justicia penal, por ejemplo, pueden incluir a los abogados de las fiscalías y a los agentes de policía. Muchos abogados de las fiscalías son jóvenes y ambiciosos y, según Wilson, buscan el "máximo despliegue de perspicacia jurídica".

Las oportunidades que tienen los abogados de demostrar su talento jurídico en los tribunales o en otras negociaciones aumentan sustancialmente su valor de mercado" tanto para los posibles empleadores del sector privado como para otros empleadores del sector público.³⁴ Estos abogados, por tanto, tienen incentivos para "perseguir enérgicamente", pero también tienden a perseguir ciertos tipos de delitos y evitar otros. Wilson argumentó que los profesionales de la aplicación de la ley favorecen 1) los casos sencillos que pueden ser investigados y procesados en un tiempo razonablemente breve para maximizar el número de condenas y 2) los casos que están diseñados para satisfacer las demandas de algún individuo o grupo relativamente vocal.³⁵ Si un organismo está dominado por este tipo de profesionales, las leyes se aplicarán enérgicamente si son fáciles de aplicar o si algún grupo de interés exige que se apliquen.

Los tribunales en el sistema político

Los tribunales formados por jueces nombrados a largo plazo pueden caracterizarse como una burocracia.³⁶ Las limitaciones e incentivos pueden ser diferentes para estos jueces que para la policía y otros organismos de aplicación de la ley, pero se puede aplicar el mismo modelo general. Los jueces que son elegidos por períodos cortos y que frecuentemente se presentan a la reelección pueden enfrentar incentivos similares a los de los representantes elegidos. Como observó el juez del Tribunal Supremo de Virginia Occidental, Richard Neely "Cuanto más bajo es el nivel del juez y más corto su mandato, más intensa tiende a ser su participación política".³⁷ Los tribunales pueden ser vías muy atractivas para perseguir los objetivos de los grupos de interés. Son mucho menos costosos de utilizar y más accesibles que las legislaturas, por lo que los litigantes utilizan cada vez más los tribunales para iniciar cambios legales. Estos casos "hacen que los tribunales se conviertan en una fuerza política aterradora para una serie de intereses creados".³⁸

Dado que las ventajas que los tribunales pueden generar para un grupo de interés pueden perderse si el juez en el poder no favorece la posición de ese grupo, los grupos de interés persiguen activamente los nombramientos judiciales favorables. Como explicó el juez Neely, "cualquier concepto de selección por méritos -es decir, la selección basada exclusivamente en estándares objetivos y no en la política- es quimérico. . . En el análisis final, los grupos de interés no buscan abogados brillantes, sino abogados que decidan los casos a su favor".³⁹ Los tribunales no sólo encajan en la visión burocrática y de intereses especiales del sistema legal, sino que también son parte integral de ese sistema.

La mayoría de los jueces son nombrados para largos mandatos, por lo que sus incentivos no son diferentes a los de otros funcionarios públicos. Neely sostuvo que "hay cuatro ventajas personales que un [el cargo de juez] puede ofrecer: ingresos (incluidos todos los beneficios complementarios); poder; prestigio; y ocio. Una quinta puede ser un trabajo intrínsecamente interesante o que valga la pena, pero yo lo subsumiría en la categoría de poder".⁴⁰ Esta caracterización se parece mucho al modelo burocrático de Niskanen, excepto por la importancia del ocio (algo que se añade fácilmente al modelo de Niskanen como uno de los beneficios del cargo). Como explicó Neely, la reputación y los ingresos de un abogado dependen de que gane casos, pero el salario de un juez se paga "independientemente de si es bueno, mediocre o abyectamente incompetente".⁴¹ Al igual que los burócratas de la administración pública, los ingresos de un juez no se basan en la calidad de su trabajo, y sus incentivos para impartir eficazmente una justicia de calidad son relativamente débiles.

El problema de los bienes comunales

Las legislaturas, los tribunales y la policía son como cualquier otra propiedad pública; cuando no se asignan derechos de propiedad a un bien o recurso y no se cobran precios para racionar su uso, el recurso se utiliza en exceso y se asigna de forma ineficiente. Los bienes de titularidad pública están disponibles por orden de llegada, sin que se cobre por su uso para desanimar a aquellos cuyos deseos de utilizarlos generan relativamente menos bienestar que los de otros que puedan llegar más tarde. Ejemplos típicos de la "tragedia de los comunes" son la casi extinción del búfalo y la ballena, la destrucción de los bosques orientales durante el siglo XIX, y la aglomeración, la basura y el deterioro de los parques públicos, las playas, los bordes de las carreteras y las vías fluviales. El mismo tipo de tragedia se aplica a las legislaturas, la policía y los tribunales.

Legislación. Las leyes y las políticas de aplicación burocrática suelen estar configuradas para reflejar las demandas de grupos de intereses especiales, y la organización de la mayoría de los grupos tiene un coste elevado. Por lo tanto, se podría concluir que los beneficios potenciales deben ser muy grandes si el grupo es capaz de organizarse y expresar sus demandas. El problema de los bienes comunes surge una vez que el grupo se ha organizado y se ha superado el mayor coste de la presión política. El coste marginal de exigir más leyes es extremadamente bajo en relación con esos costes iniciales de organización. Por lo tanto, es probable que los grupos organizados exijan muchas más leyes que generen muchos menos beneficios de los que habrían sido suficientes para inducirles a organizarse. Auerbach observó que las leyes "han proliferado tan rápidamente que sugieren (incluso a los abogados) que la sociedad estadounidense se está ahogando por la contaminación legal",⁴² lo cual es de esperar cuando el sector público presta un servicio por el que no se cobra un precio de racionamiento. Esto se ejemplifica en el ámbito del derecho penal con la "sobrecriminalización" de los llamados delitos "sin víctimas". Como dijo David Friedman

La gente que quiere controlar la vida de otras personas rara vez está dispuesta a pagar por ese privilegio. . . . Y los que reciben las leyes contra las drogas, las leyes contra la pornografía o las leyes contra el sexo obtienen mucho más dolor de la opresión que el placer de sus opresores. . . . Por lo tanto, el puritanismo obligatorio -el "crimen sin víctimas"- debería ser mucho más raro si [los que exigen las leyes tienen que pagar el coste total de las mismas].⁴³

Las leyes contra el consumo de marihuana, la pornografía y la prostitución pueden estar en los libros porque las leyes podrían obtenerse a un precio prácticamente nulo, mientras que los costes de las leyes (incluida la aplicación) se trasladan a otros.

La policía. Blumberg sostiene que aproximadamente el 80% de los recursos policiales se emplean en actividades de "asistente social, cuidador, canguro, recadero".⁴⁴ Muchas de estas actividades generan claramente beneficios para las personas, pero como éstas no asumen todo el coste, tienden a utilizarlas en exceso. Es dudoso que la gente se apresurara tanto a llamar a la policía para acallar a los vecinos ruidosos o a bajar a los gatos de los árboles si tuviera que asumir el coste total de los recursos en los que incurren los contribuyentes. Y lo que es más importante, el uso de los servicios policiales de esa manera puede tener importantes externalidades negativas, ya que la policía no está disponible para usos que pueden ser mucho más valiosos.

La gravedad del problema de los bienes comunes con los servicios policiales se hace evidente en los vínculos directos que tienen los particulares y las empresas entre los sistemas de alarma y la policía. La mayoría de los estudios sobre estos sistemas constatan una tasa de falsas alarmas muy superior al 95%.⁴⁵ En Beverly Hills, California, por ejemplo, un estudio sobre 1.147

llamadas de alarma a las que respondió la policía reveló que el 99,4% no estaban justificadas.⁴⁶ Estas falsas alarmas se han atribuido a varios factores, como los problemas con los equipos y los errores de los abonados.⁴⁷ Pero el análisis realizado aquí sugiere otra razón. Los usuarios de los sistemas de alarma no pagan el coste de cada respuesta policial, por lo que no tienen ningún incentivo para minimizar esos costes; por tanto, no tienen ningún incentivo para minimizar el número de falsas alarmas. Si los usuarios fueran responsables de esos costes, los abonados cometerían muchos menos "errores" y las empresas de alarmas verían que sus equipos fallan con menos frecuencia. Pero el coste real de estas falsas alarmas va mucho más allá de los desembolsos en mano de obra y equipos policiales utilizados para responder a las llamadas. El coste de oportunidad de esos recursos es el de los usos alternativos, más valiosos, a los que podrían destinarse: responder a emergencias reales, disuadir la delincuencia, producir otros bienes y servicios (es decir, reducir el tamaño del sistema policial sostenido por los impuestos).

Estos ejemplos sugieren que el sistema policial del sector público debe ser grande en relación con lo que sería un sistema óptimo que prestara servicios similares. Los grupos de intereses especiales exigirán leyes (y su aplicación) cuyos costes sociales superen los beneficios sociales. El gobierno responde asignando recursos para hacer cumplir esas leyes. Además, debido al problema de los bienes comunes que surgen con los recursos para la aplicación de la ley -el hecho de que algunos recursos proporcionados por el gobierno se desvían de los usos para los que podrían ser más valorados- habrá que proporcionar recursos adicionales para tratar de satisfacer las demandas de los grupos de interés (incluyendo, presumiblemente, las demandas de prevención y protección de la delincuencia).

Tribunales. Entre otros muchos, el presidente del Tribunal Supremo Burger se ha quejado de que los tribunales están saturados y de que hay un exceso de demanda de los servicios de los tribunales.⁴⁸ En respuesta a estas observaciones, Mabry, et al. señalaron que cuando se observa una cola de personas esperando para consumir el bien, ese bien está infravalorado.⁴⁹ Es porque los tribunales están supuestamente disponibles de forma gratuita que surgen los retrasos en los tribunales.⁵⁰

[Dado que la demanda de servicios judiciales gratuitos es superior a la oferta, debe producirse un racionamiento, que se lleva a cabo haciendo cola. Lamentablemente, las personas que pueden permitirse hacer la cola más larga no son necesariamente las que tienen la necesidad más urgente de litigar. . . .

Dado que una plaza en la cola no se puede vender ni intercambiar, todos los litigantes deben pagar esencialmente el mismo precio por su uso, un precio que no guarda relación con la urgencia de las necesidades individuales ni con la importancia para el público. . . .

En los tribunales civiles los clientes vienen en parejas competitivas. . . donde las alternativas disponibles para al menos uno de los pares son significativamente menos atractivas que el producto que puede obtenerse gratuitamente de un tribunal. A menudo, los productos atractivos que el tribunal entrega gratuitamente son el propio retraso o un foro que proporciona al litigante más fuerte la oportunidad de desgastar o superar a la oposición. ...la naturaleza del sistema de adversarios conduce entonces al consumo irracional e innecesario de recursos privados. Cuando las partes enfrentadas pueden igualar los gastos, se gastan enormes cantidades de dinero que no garantizan ninguna mejora en el producto básico. Cuando un bando no puede igualar el gasto de su oponente, el poder financiero del bando más fuerte suele determinar el resultado.⁵¹

El despilfarro y la ineficacia asociados al acceso común son considerables, pero sus consecuencias para la justicia también lo son.

Un ejemplo del problema común de los tribunales es el rápido crecimiento de las demandas por negligencia. A medida que la cuantía de las indemnizaciones ha aumentado, también lo han hecho los incenti-

-vos para presentar demandas. El consiguiente aumento de los litigios ha generado los costes externos de unos honorarios legales más elevados, unas tasas de seguro más altas (y unos honorarios más elevados por parte de los médicos y otras personas susceptibles de ser demandadas por negligencia) y la saturación de los tribunales. Es evidente que los demandantes en estos casos sólo soportan una parte de los costes.

Los litigantes no sólo no pagan el coste total de los servicios del tribunal, sino que a menudo no pagan el coste total de los recursos privados que se consumen en el proceso del litigio.⁵² Un demandante en un juicio civil puede pagar los honorarios de su propio abogado, pero no siempre paga los honorarios legales del demandado, incluso si éste gana. Además, el tiempo asociado a un caso de este tipo puede ser más costoso que los honorarios directos de los abogados, y un demandado que puede estar equivocado puede alargar el caso durante mucho tiempo, obligando a aumentar los honorarios de los abogados y otros costes para el demandante. Mabry, et al. llegaron a la conclusión de que el sistema legal fomenta los juicios que implican casos débiles para los demandantes y desalienta los juicios en los que el caso del demandante es fuerte pero sus ganancias anticipadas o los recursos disponibles para llevar el caso son pequeños. Del mismo modo, se fomentan las demandas contra los demandados cuando el demandante quiere forzar un acuerdo extrajudicial. Está claro que estos casos no promueven la justicia.

Racionar los servicios judiciales en función de la voluntad de esperar crea incentivos para hacer un mal uso del sistema judicial. "Dado que las partes perjudicadas no quieren pagar dinero ni que se les obligue a hacer algo, se inventan litigios para que el tribunal se atasque y se retrase en la obtención del pago. . . . Hay un sinnúmero de ejemplos de no-contenciosos que están en los principales tribunales".⁵³ Estas consideraciones llevaron a Mabry, et al. a abogar por una "regla del perdedor-pagador" para los procedimientos judiciales, en efecto, para aliviar el problema de los comunes.⁵⁴ Neely aparentemente estuvo de acuerdo, pero también señaló que muchos grupos tienen un considerable interés en mantener un sistema judicial ineficiente:

La forma en que los abogados, los empresarios y la comunidad política de hoy en día hacen negocios se basa en un sistema judicial que permite a cualquiera que alegue una disputa acudir a los tribunales. Cualquiera que sugiera la alternativa -que se castigue a quienes abusan del proceso- amenaza con poner patas arriba el mundo de los abogados y sus clientes. Pero el statu quo del libre acceso tiene mucho más a su favor que sólo [estos] intereses propios. . . . De hecho, todo el concepto de penalización de los litigios frívolos amenaza la actual distribución de la riqueza.⁵⁵

Por lo tanto, la reforma de los precios de los servicios judiciales es poco probable.

El mismo problema se aplica a los casos penales. Un sistema en el que el perdedor paga debería disuadir a los delincuentes de alargar los casos en los tribunales y disuadir a los fiscales y a la policía de presentar casos en los que las pruebas son claramente insuficientes para justificar el procesamiento. No es especialmente sorprendente que el actual sistema de justicia penal padezca el mismo problema común al que se enfrenta el sistema civil. En la mayoría de los estados y en el sistema federal, el tribunal penal y el civil son en realidad la misma institución. El exceso de demandas en el sistema judicial civil debido a la no asignación de precios debe desbordar y afectar al sistema penal porque compiten por los mismos recursos.

Fracaso del gobierno. Quienes defienden la producción gubernamental se apresuran a señalar las externalidades asociadas a los mercados pero, como señaló Tullock, a menudo se ignoran las externalidades generadas por el proceso gubernamental.⁵⁶ El argumento presentado aquí es que la producción pública de la ley y el orden produce externalidades negativas. La poli-

-cía se utiliza de forma ineficiente para producir servicios que no justifican los costes, se aprueban demasiadas leyes y se presentan demasiados casos judiciales. La cuestión de lo privado y lo público no consiste simplemente en detallar la posible ineficiencia de la ley y el orden privados y optar por la provisión pública.

Cuando el problema de los bienes comunes de los servicios públicos de aplicación de la ley se combina con las tendencias burocráticas a producir en exceso y de forma ineficiente el producto resultante, se hace evidente que la producción pública de la ley y el orden no es un sustituto eficiente de la producción de mercado. La aplicación burocrática excesiva impide la eficiencia política que, si se lograra, no se traduciría en eficiencia económica (o asignativa) debido al problema de los bienes comunes. Más allá de esto, hay que recordar que las instituciones gubernamentales del derecho tienen un propósito diferente al de las instituciones del derecho consuetudinario. El derecho consuetudinario y sus instituciones facilitan la interacción voluntaria; el derecho gubernamental y sus instituciones facilitan las transferencias involuntarias.

NOTAS

1. Véase, por ejemplo, Robert McCormick y Robert Tollison, *Politicians, Legislation, and the Economy, An Inquiry into the Interest Group Theory of Government* (Boston: Martinus Nijhoff Publishing, 1981); Bruce Benson, "Land Use Regulation: A Supply and Demand Analysis of Changing Property Rights", *Journal of Libertarian Studies* 5 (otoño de 1981): 435-451; Ralph Nader, "Introduction", en *With Justice for Some: An Indictment of the Law* by Young Advocates, ed. Bruce Wasserstein y Mark Green (Boston: Beacon Press, 1970), p. ix; Charles Reasons y Jack Kuykendall, eds, *Race, Crime, and Justice* (Pacific Palisades, Calif.: Goodyear Publishing, 1972), pp. 1-2; Melvin Sikes, *The Administration of Injustice* (Nueva York: Harper and Row, 1975), p. 119; Richard Quinney, *Crime and Justice in Society* (Boston: Little, Brown and Company, 1969); James Eisenstein, *Politics and the Legal Process* (Nueva York: Harper and Row, 1973), pp. 9-10.
2. Eisenstein, *Politics and the Legal Process*, p. 351.
3. Robert Rhodes, *The Insoluble Problems of Crime* (Nueva York: John Wiley and Sons, 1977), p. 13.
4. William Chambliss, "The State, the Law, and the Definition of Behavior as Criminal or Delinquent", en *Handbook of Criminology*, ed., Daniel Glaser (Chicago: Rand McNally, 1974), p. 39.
5. Richard Posner, "Theories of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science* 5 (otoño de 1974): 335-358.
6. George Stigler, "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science* 2 (primavera de 1971): 3-21.
7. Véase, por ejemplo, Sam Peltzman, "Toward a More General Theory of Regulation", *Journal of Law and Economics* 19 (agosto de 1976): 211-240.
8. Bruce Benson, "Regulation: The Demand and Supply of Property Rights", *Appalachian Business Review* 8 (1981): 22-28. Véase también Benson, "Rent Seeking from a Property Rights Perspective", *Southern Economic Journal* 51 (octubre de 1984): 388-400.
9. Eric Furubotn y Svetazor Pejovich, "Introduction: The New Property Literature" en *The Economics of Property Rights*, ed. E. Furubotn y S. Pejovich (Cambridge, Mass.: Ballinger Publishing, 1974), p. 3.
10. Harold Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights", *American Economic Review* 57 (mayo de 1967): 348.
11. Benson, "Rent Seeking from a Property Rights Perspective".
12. Stigler, "The Theory of Economic Regulation".
13. *Ibid.*
14. Posner, "Theories of Economic Regulation".
15. *Ibidem*, pp. 344-345.
16. *Ibidem*, p. 345.
17. Stigler, "Free Riders and Collective Action: An Appendix to Theories of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science* 5 (otoño de 1974): 359-365.
18. James Q. Wilson, *The Politics of Regulation* (Nueva York: Basic Books, Inc., 1980), p. 370.
19. *Ibidem*, p. 372.
20. Posner, "Theories of Economic Regulation", p. 347.
21. Por ejemplo, véase Benson, "The Economic Theory of Regulation as an Explanation of Policies Towards Bank Mergers and Holding Company Acquisitions", *Antitrust Bulletin* 28 (invierno de 1983): 839-862.
22. Peltzman, "Toward a More General Theory of Regulation".
23. Jack Hirshleifer, "Comment", *Journal of Law and Economics* 19 (agosto de 1976): 241-244.
24. Benson, "La teoría económica de la regulación".
25. Benson, "Rent Seeking from a Property Rights Perspective".
26. Peltzman, "Toward a More General Theory of Regulation". Véase también Bruce L. Benson y M. L. Greenhut, "Interest Groups, Bureaucrats and Antitrust: An Explanation of the Antitrust Paradox", en *Antitrust and Regulation*, ed., Ronald E. Grieson (Lexington, Reino Unido). Ronald E. Grieson (Lexington, Mass.: Lexington Books, 1986), pp. 53-90.
27. Posner, "Theories of Economic Regulation", p. 350.
28. Véase, por ejemplo, Benson, "The Economic Theory of Regulation".
29. James Buchanan y Gordon Tullock, *The Calculus of Consent* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962), capítulo 7.
30. William Niskanen, *Bureaucracy and Representative Governments* (Chicago: Aldine-Atherton, 1971); Niskanen, "Bureaucrats and Politicians", *Journal of Law and Economics* 18 (diciembre de 1975) 617-643; Niskanen "The Peculiar Economics of Bureaucracy", *American Economic Review* 58 (mayo de 1968): 293-305; Benson y Greenhut, "Interest Groups, Bureaucrats and Antitrust".
31. Richard Neely, *Why Courts Don't Work* (Nueva York: McGraw-Hill, 1982), pp. 67-80. Énfasis añadido.
32. Wilson, *The Politics of Regulation*, p. 374.
33. *Ibidem*, pp. 377-378.
34. *Ibidem*, p. 380.

35. *Ibidem*.
36. Véase Abraham Blumberg, *Criminal Justice* (Chicago: Quadrangle Books, 1970).
37. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 27.
38. *Ibidem*, p. 26.
39. *Ibidem*, pp. 37-38.
40. *Ibidem*, p. 44.
41. *Ibidem*, p. 46.
42. Jerold S. Auerbach, *Justice Without Law* (Nueva York: Oxford University Press), p. 9.
43. David Friedman, *The Machinery of Freedom* (Nueva York: Harper and Row, Publishers, 1973), p. 174.
44. Blumberg, *Criminal Justice*, p. 185.
45. James S. Kakalik y Sorrel Wildhorn, *Private Police in the United States: Findings and Recommendations* (Santa Monica, Calif.: The Rand Corporation, 1971), p. 29.
46. *Ibid.*
47. *Ibid.*
48. "Burger Sees High Court Case Load Doubling by 1978 if 'Appalling Mass of Litigation' Persists," *New York Times*, 7 de enero de 1974, p. 16.
49. Rodney H. Mabry, Holly H. Ulbrich, Hugh H. Macauley, Jr. y Michael T. Maloney, *An Economic Investigation of State and Local Judicial Services* (Washington, D.C.: National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, Law Enforcement Assistance Administration, Department of Justice, 1977), p. 111.
50. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 164.
51. *Ibidem*, pp. 164-165.
52. Mabry et al., *Economic Investigation of Judicial Services*, p. 111; Neely, *Why Courts Don't Work*, pp. 172-173.
53. *Ibidem*, pp. 166-168.
54. *Ibidem*, p. 112.
55. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 184.
56. Gordon Tullock, *Private Wants, Public Means: An Economic Analysis of the Desirable Scope of Government* (Nueva York: Basic Books, 1970), p. 78.

CAPÍTULO 4

EL MERCADO POLÍTICO POR EL LADO DE LA DEMANDA

Se ha sugerido con frecuencia que la producción y la aplicación de la ley están pensadas en gran parte para favorecer intereses de determinados grupos, sobre todo en lo que respecta al Derecho penal. Richard Quinney, por ejemplo, afirma que "las definiciones de los delitos describen conductas que chocan con los intereses de los sectores de la sociedad que tienen el poder de diseñar la política pública», y «puesto que los intereses no se protegen eficazmente con la mera formulación de leyes penales son precisas la administración de justicia y la ejecución de las sentencias. De ahí que lo que interesa a los poderosos es que se apliquen las definiciones de los delitos».¹ Análogamente, William Chamblis, y Robert Seidman sostienen que.

Las convenciones sociales no son un asunto moral, sino una cuestión política. Ninguna acción o conjunto de acciones puede definirse como inherentemente reprobable por la comunidad. En realidad, hay un infinito número y variedad de actos que pueden ser tratados o no como delictivos. Decidir que actos son estos dependerá del interés que las personas con suficiente poder político e influencia tengan en hacer prevalecer sus puntos de vista. Una vez establecidos los que se consideran reprobables, la manera de elaborar las leyes será un reflejo del poder político de los grupos afectados.²

La opinión del juez Neely no es tan amplia, ya que señaló que el common law angloamericano siempre ha distinguido entre los delitos de derecho consuetudinario (como el asesinato, el robo y la violación) y los delitos de derecho positivo, que "se han convertido en delitos exclusivamente porque algún grupo perdió una batalla política".³ La evolución del derecho penal es tan política hoy en día como lo era cuando la infracción del derecho consuetudinario básico se declaraba un delito contra el rey para que éste pudiera recaudar ingresos. Hoy en día los objetivos de la criminalización son algo menos claros debido a las múltiples demandas de los grupos de intereses especiales, pero "el derecho penal es en todo sentido político".⁴

Los grupos de intereses y la aprobación de la legislación penal

Chamblis y Seidman sostienen que "todos los estudios detallados sobre el surgimiento de las normas jurídicas han demostrado sistemáticamente la inmensa importancia de la actividad de los grupos de interés, y no del interés público, como variable crítica para determinar el contenido de la legislación."⁵ Los estudios históricos de la legislación tienden a coincidir con esta conclusión. Cuando Chamblis examinó los orígenes de las leyes sobre vagabundeo en Inglaterra, llegó a la conclusión de que las leyes sobre vagabundeo fueron creadas y posteriormente modificadas para proteger los intereses de grupos específicos como los terratenientes y los comerciantes.⁶ El estudio de Hall sobre el crecimiento de las leyes modernas contra el robo y el examen de Platt sobre el surgimiento de los tribunales de menores en los Estados Unidos llegaron a conclusiones similares.⁷ El estudio de Joseph Gusfield sobre la Ley Volstead concluye que los defensores de la templanza representaban los intereses de un segmento relativamente pequeño de la población.⁸

Cambios recientes en los estatutos penales. Las investigaciones más recientes sobre los cambios estatutarios en el derecho penal indican que los determinantes de dichas leyes siguen siendo políticos. Quizá la investigación más significativa sea el estudio empírico de los cambios en el Código Penal de California realizado por Berk, Brackman y Lesser.⁹ Los investigadores descubrieron que durante los primeros años de la década de 1950, la elaboración del derecho penal en California podía caracterizarse como un proceso de "proyecto de ley acordado" en el que sólo participaban unos pocos grupos de presión importantes en el ámbito de la justicia penal, generalmente la Asociación de Oficiales de Paz de California (formada por fiscales de distrito, sheriffs y jefes de policía), la Unión Americana de Libertades Civiles y el Colegio de Abogados de California. Los legisladores no iniciaron ni dieron forma a la política de derecho penal; simplemente reaccionaron a las demandas de los grupos de presión.¹⁰

El proceso de ley acordada es aquel en el que los grupos de presión y unos pocos miembros de los comités legislativos pertinentes negocian directamente en la toma de decisiones importantes.¹¹ La parte importante del proceso legislativo tiene lugar a puerta cerrada, y la mayor parte del debate legislativo abierto es simplemente retórica para el consumo público. Este dominio de los grupos de presión a la hora de establecer las agendas legislativas no es exclusivo de las cuestiones de derecho penal ni de California. El juez Neely, ex legislador de Virginia Occidental, escribió que debido a las tremendas demandas de tiempo y recursos de los legisladores

lo máximo que podemos esperar de los legisladores es que reaccionen a los programas. ... los grupos de presión pagados de todas las partes se encargan de los compromisos y de perfeccionar la legislación mucho antes de que un legislador tenga que adoptar una posición al respecto. La elaboración de paquetes legislativos completos y políticamente aceptables requiere decenas de años de trabajo, y ningún legislador, ni siquiera un grupo de legisladores, dispone de esos recursos. . . .

Cuando mi tribunal propone cambios a la legislatura, tenemos un proyecto de ley completo y pulido ya redactado y listo para ser presentado por los miembros de cada cámara. Lo mismo ocurre con cualquier otro grupo de interés organizado que busque agresivamente una acción legislativa positiva.¹²

Durante la década de 1960, el derecho penal en California comenzó a involucrar a una gama más amplia de grupos que los activos en la década de 1950, pero el proceso no cambió.¹³ Los grupos más activos siguieron siendo la ACLU (y su a menudo aliado, el Comité de Amigos para la Legislación), la CPOA y el Colegio de Abogados; pero también aparecieron pequeños grupos de ciudadanos que se hicieron oír para iniciar los intentos de modificar el Código Penal. A menudo se aliaron con los intereses de las fuerzas del orden o con la ACLU. Varios grupos de interés establecidos cuyo propósito original no estaba dirigido a la justicia penal también apoyaron a un grupo de presión de la justicia penal establecido. Por ejemplo, la ACLU solía contar con el apoyo de la NAACP estatal, la Asociación Política México-Americana, el Consejo de Iglesias del Norte y del Sur de California, la Asociación de Consumidores de California y la Federación de Pobres.¹⁴

Berk, Brackman y Lesser fueron más allá de otros estudios sobre el impacto de los grupos de interés en los cambios en la justicia penal para proporcionar apoyo estadístico a la afirmación de que esta influencia es extremadamente importante. Examinaron la fuerza del lobby de las fuerzas del orden (LEL), principalmente la CPOA, y del lobby de las libertades civiles (CLL), principalmente la ACLU y la FCL, reconociendo que estos grupos principales a menudo trabajaban con otros. La "influencia efectiva" se identificó de varias maneras. Utilizando los boletines y las revistas publicadas por los grupos de interés y la información procedente de

periodistas, políticos y profesionales de la justicia penal, los tres investigadores realizaron evaluaciones independientes sobre la eficacia de los grupos de presión a la hora de dar forma al Código Penal. Su análisis estadístico utilizó tanto correlaciones de orden cero como análisis multivariantes. Comprobaron que, año tras año, la LEL lograba cambios significativos que daban lugar a un aumento de la criminalización, a penas más severas y a más recursos y poderes para la policía. La LEL también tuvo un impacto negativo significativo en los derechos de los acusados, la discreción judicial y, en menor medida, los derechos y recursos destinados a los funcionarios de prisiones. Los esfuerzos de la LEC se correlacionaron positivamente con ganancias sustanciales en los derechos de los acusados y de los funcionarios de prisiones y en la discreción judicial; tuvo un impacto negativo en la criminalización, la severidad de las penas y los poderes de la policía. Sin embargo, los dos grupos no estaban en oposición directa y constante en todos los casos, y sus agendas e impactos eran algo diferentes. El LEL aparentemente hizo hincapié en la criminalización y las penas, mientras que el CLL estaba más interesado en limitar los poderes policiales y ampliar la discrecionalidad judicial.¹⁵ El análisis multivariante reforzó los resultados de la correlación de orden cero, mostrando que ambos grupos de presión eran eficaces, pero en ámbitos diferentes. Los libertarios civiles pueden haber sido más eficaces cuando los dos grupos estaban en conflicto directo, porque las "preocupaciones centrales" del CPOA implicaban el procedimiento, un área en la que el CPOA era relativamente ineficaz.¹⁶

El estudio de Berk-Brackman-Lesser también encontró que la "opinión pública" no jugó ningún papel identificable en la revisión del Código Penal. Además, los legisladores no desarrollaron ni buscaron apoyo para sus propias agendas de justicia penal; simplemente respondieron a los grupos de interés que estaban preocupados por dicha legislación. Llegaron a la conclusión de que el derecho penal se promulgaba, sin duda, en beneficio de los grupos de interés y no del bien público.

No obstante, ningún grupo de interés consiguió todo lo que exigía. Tal y como predice la teoría de los grupos de interés, había pruebas claras de los esfuerzos legislativos por equilibrar los costes y los beneficios cuando surgían conflictos. Además, "el regateo endémico del proceso legislativo produjo un derecho penal que, como mínimo, diluyó y a menudo distorsionó la intención original. . . . [Lo que podría haber comenzado como una ley incipiente pronto se convirtió en un híbrido cuyo contenido reflejaba lo que era políticamente aceptable."¹⁷

Estas conclusiones no son inusuales. Por ejemplo, cuando Pamela Roby examinó la revisión de las leyes de prostitución del Estado de Nueva York en 1965, descubrió que diferentes grupos de interés se enfrentaron entre sí durante el proceso de revisión.¹⁸ Los libertarios civiles y los grupos de bienestar social parecían salir ganando frente a los intereses empresariales y policiales, ya que la prostitución pasó de ser un delito penal a una "violación", y el patrocinio de una prostituta se declaró como una violación. Sin embargo, tras la aprobación de la nueva ley, Roby descubrió que los intereses de la policía y de los negocios consiguieron que se adoptaran políticas de aplicación de la ley en las que los clientes de las prostitutas rara vez eran detenidos. El estudio de Roby destaca dos puntos importantes: en primer lugar, los propios burócratas (es decir, la policía) pueden ser un grupo de interés importante y, en segundo lugar, los grupos de interés pueden ejercer presión tanto a nivel burocrático como legislativo.

Los burócratas del orden público como grupos de intereses políticos

La policía es tradicionalmente muy activa en el ámbito político, actuando como grupo de presión y empleando con frecuencia tácticas comunes a los sindicatos, como huelgas, manifesta-

-ciones y protestas. Las huelgas policiales son a menudo ilegales, pero la "gripe azul" tiene una larga historia y está dando paso cada vez más a las huelgas directas. Por lo tanto, "no debería sorprender. ...saber que la policía tiene un profundo impacto en el contenido de la ley aplicada. Tienen tanto la oportunidad como la motivación para tomar innumerables decisiones que tienen una relación directa con quién obtiene qué del proceso legal."¹⁹

El personal encargado de la aplicación de la ley se encuentra en una posición única para crear desorden social, por lo que suele tener un gran poder político en relación con su número (para votar) y sus recursos financieros. Los gestores de las burocracias encargadas de hacer cumplir la ley también se encuentran en una posición única. Daniel Glaser observó: "los líderes de una burocracia de aplicación de la ley tienen ventajas especiales para promulgar sus puntos de vista debido a su fácil acceso a los jefes de las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno, su capacidad para emitir informes oficiales y convocar conferencias de prensa, y su consiguiente control sobre la información pública sobre la eficacia de la ley y su necesidad".²⁰

El estudio de Howard Becker refuerza la afirmación de que las burocracias policiales pueden ejercer presión para que se modifiquen los estatutos penales.²¹ Debido a la presión de la Oficina de Narcóticos del Departamento del Tesoro, por ejemplo, la Ley de Impuestos sobre la Marihuana fue aprobada en 1937. El proyecto de ley encontró una considerable resistencia por parte de los usuarios de aceite de cáñamo y de la industria de las semillas para pájaros, que argumentaban que las semillas de cáñamo eran un ingrediente vital en muchas mezclas de semillas para pájaros. Estos grupos de interés consiguieron paralizar la aprobación del proyecto de ley hasta que se modificó para eximir a las semillas de cáñamo del control. El poder legislativo trató de equilibrar eficazmente las demandas de los intereses en conflicto, siguiendo la predicción teórica de que nunca actúa como un intermediario perfecto para un solo interés cuando existen conflictos.

Los jueces también ejercen influencia política en el ámbito legislativo. Como señaló el juez Neely

Todos los sistemas judiciales estatales tienen alguna autoridad administrativa centralizada, aunque sólo sea el propio tribunal superior del estado. En el sistema federal, el Departamento de Justicia tiene toda una oficina dedicada a la administración del poder judicial federal. . . . Es a través del Departamento de Justicia o de las oficinas administrativas de los tribunales estatales que los tribunales patrocinan la legislación como una inteligencia organizada y colectiva. Además, por supuesto, las asociaciones judiciales locales pueden elaborar proyectos de ley e instar a su adopción, pero éstos suelen estar relacionados con la mejora de la remuneración, los beneficios, las condiciones de trabajo o los sistemas de selección de jueces, es decir, proyectos de ley de interés privado.²²

Los empleados gubernamentales encargados de hacer cumplir la ley utilizan su posición e influencia para ejercer presión en favor de las leyes que pueden aplicar, así como en cuestiones relacionadas con la remuneración y las prestaciones. Pero sus objetivos pueden ir mucho más allá de estos objetivos de interés privado. Los jueces pueden ejercer presión para que se lleven a cabo reformas judiciales de "interés público" que esperan que mejoren la eficacia del proceso judicial, y la policía puede ejercer una presión política similar en apoyo de su percepción del interés público. Todos estos proyectos tienen repercusiones en el tamaño, el poder, el nivel de trabajo y el prestigio de la burocracia, por lo que los motivos de interés propio pueden influir al menos en los argumentos de "interés público" presentados por los burócratas.

La Corporación de Servicios Jurídicos. Hay ocasiones en las que las actividades políticas de los funcionarios públicos encargados de hacer cumplir la ley pueden incluso violar la ley al utilizar fondos públicos o mano de obra, tiempo y recursos adquiridos públicamente. Un caso bien documentado de este tipo de abuso es el de la Corporación de Servicios Jurídicos (LSC), una "corporación privada independiente" creada por el Congreso y financiada con dinero de los impuestos federales.²³ Es una oficina en todos los aspectos, excepto en su nombre. La función estatutaria de la LSC es "proporcionar un acceso equitativo al sistema de justicia. ...a aquellos que de otro modo no podrían permitirse un asesoramiento jurídico adecuado". Sin embargo, al crear esta cuasi-burocracia, el Congreso prohibió específicamente la actividad política. Además, el Congreso dispuso que los fondos de la LSC no pueden utilizarse

para apoyar o llevar a cabo programas de formación con el fin de abogar por determinadas políticas públicas o fomentar actividades políticas, actividades laborales o antilaborales, boicots, piquetes, huelgas y manifestaciones, a diferencia de la difusión de información sobre dichas políticas o actividades, excepto que esta disposición no se interpretará como una prohibición de la formación de abogados o personal parajurídico necesaria para prepararlos para proporcionar una asistencia jurídica adecuada a los clientes elegibles.

Y, por último, no se podrán utilizar fondos del LSC

para iniciar la formación, o actuar como organizador, de cualquier asociación, federación o entidad similar, excepto que este párrafo no se interpretará como una prohibición de la prestación de servicios legales a clientes elegibles.²⁴

Estos pasajes de la Legal Service Corporation Act de 1974 son instructivos por dos razones. En primer lugar, se da a entender que el Congreso se sintió obligado a incluir estas prohibiciones explícitas de la actividad política porque tenía razones de peso para esperar que los funcionarios de la LSC las llevaran a cabo. En segundo lugar, es evidente que la dirección y los empleados de la LSC han llevado a cabo una amplia actividad política que viola directamente la ley. Bennett y DiLorenzo descubrieron que "bajo el pretexto de facilitar el acceso de los pobres al sistema judicial, se está obligando a los contribuyentes a financiar cambios de política social y económica a los que muchos de ellos se opondrían". En resumen, quienes están relacionados con la LSC persiguen sus propios intereses con el dinero de los contribuyentes".²⁵ Por ejemplo, la LSC concedió una subvención de 61.655 dólares al Proposition 9 Task Force, una organización cuyo objetivo era derrotar la Proposición 9 de California. Los fondos se canalizaron a través del Western Center on Law and Poverty, Inc. una filial de LSC en Los Ángeles que también contaba con cuatro cabilderos legislativos registrados y defensores administrativos en Sacramento. Otros treinta programas locales de servicios jurídicos proporcionaron personal para el registro de votantes y las relaciones con los medios de comunicación. La subvención era ilegal, al igual que las actividades de los participantes.²⁶

Cuando el presidente Reagan fue elegido, se creó un "grupo de trabajo de supervivencia" dentro del LSC para "desarrollar una campaña que anulara los efectos de cualquier cambio en las operaciones del LSC que la administración Reagan pudiera intentar implementar". Al director del grupo de trabajo le preocupaba especialmente que la nueva administración intentara "controlar el activismo social del personal de los servicios jurídicos que se dedica a la defensa agresiva."²⁷ La estrategia del grupo de trabajo estaba compuesta por tres elementos.

En primer lugar, se formó la Coalición para los Servicios Legales, con la participación activa de funcionarios de la LSC, como un grupo de presión externo en nombre de la LSC. Muchos de los que participaban activamente en esta organización de presión tenían vínculos directos con la

LSC como beneficiarios de subvenciones, y los fondos de las subvenciones de la LSC llegaron a la Coalición.²⁸ Sin embargo, éste no fue el único esfuerzo de cabildeo apoyado por la LSC en su propio nombre. Joseph Lipofsky, de Legal Services of Eastern Missouri, recibió una subvención de la LSC; su carta, que acompañaba a la solicitud, afirmaba que el propósito de la Coalición para Soluciones Sensibles y Humanas era

1. Publicar un manual para los "grupos de presión del pueblo".
2. Para .continuar la formación de los activistas de la comunidad tanto en el tema sustantivo como en el proceso de educación y acción de la comunidad, la defensa legislativa y administrativa, así como su relación con el litigio.
3. Investigar y publicar una "Alternativa Popular" a los recortes presupuestarios y a las cuestiones fiscales a nivel estatal y local.
4. Desarrollar una comunicación bimestral continua a nivel estatal para centrarse en las cuestiones presupuestarias y fiscales y en las formas de influir en ellas.²⁹

Esta organización de presión financiada por el LSC se formó como resultado directo del mensaje presupuestario de Reagan de 1981.

En segundo lugar, el grupo de trabajo de supervivencia de la LSC organizó una red de campañas de presión "de base" dirigidas a los congresistas. Cada oficina regional de la LSC y cada filial local designaron "coordinadores de supervivencia", y cada estado tenía un coordinador. La red tenía cuatro objetivos 1) producir una avalancha de cartas a los congresistas que abogaran por la reautorización de la LSC; 2) estimular los editoriales de los periódicos en apoyo de la LSC; 3) presionar a los colegios de abogados locales para que aprobaran resoluciones de apoyo a la LSC; y 4) organizar reuniones con los congresistas para presionar por la reautorización.³⁰ Cuando la Oficina General de Contabilidad dictaminó que dichas actividades eran ilegales, el presidente de la LSC accedió a realizar "cambios", pero "en lugar de cesar la actividad política, los funcionarios de la LSC decidieron que había que desarrollar estructuras organizativas alternativas para llevar a cabo las actividades que el Congreso había prohibido expresamente y las que probablemente se prohibieran en el futuro."³¹

En tercer lugar, la LSC comenzó a crear "corporaciones espejo" para "blanquear fondos de manera que se pudieran subvertir las restricciones del Congreso sobre la defensa y representación política."³²

En 1982, cuando el presidente Reagan nombró a los nuevos miembros del consejo de administración y funcionarios de la LSC, se destruyeron muchos archivos de la oficina de la corporación en Washington, aparentemente en un esfuerzo por evitar que los nuevos designados obtuvieran pruebas de ilegalidad. También se organizó una importante campaña en los medios de comunicación para desacreditar a los nuevos miembros del consejo. La campaña de desprestigio parece haber funcionado. El Congreso sigue financiando a la LSC con mayores presupuestos, y "a pesar de las abundantes pruebas de flagrantes irregularidades, no se ha hecho prácticamente nada para corregir los abusos de la LSC en su mandato."³³

El activismo político es común entre los empleados de la administración, ya sean bomberos, profesores de escuela, trabajadores sociales o militares. Los ejemplos anteriores dejan claro que los empleados de nuestro sistema de justicia, desde la policía hasta los jueces y los abogados de asistencia jurídica, son igualmente activos desde el punto de vista político. La presión política puede ejercerse por motivos obvios de interés propio (mayores salarios o seguridad en el empleo) o por lo que los funcionarios consideran el "interés público". Cualquiera que sea el motivo, el resultado final es que se refuerza el carácter político de la ley y el orden.

Los grupos de interés suelen ir más allá de influir en la legislación e intentan influir en la aplicación de las leyes. En los tribunales, por ejemplo, "los grupos que apoyan a los jueces apoyan a los jueces".³⁴ Jack Peltason sostuvo que los grupos que intentan instigar funciones más amplias para los jueces federales suelen ser aquellos que consideran que sus posibilidades son pequeñas a la hora de influir en la selección de los legisladores y administradores que representarán sus intereses.³⁵ Enumeró varios ejemplos de este tipo de grupos de interés, entre ellos los federalistas, los propietarios de esclavos, los industriales, los sindicatos, las minorías raciales y los libertarios civiles.

El punto de vista de Peltason sobre el papel del tribunal en la forma de gobierno de los grupos de interés es coherente con la posición adoptada por Landes y Posner, y apoyada empíricamente por Crain y Tollison.³⁶ Estos investigadores argumentaron que los beneficios obtenidos a través de las acciones legislativas son fácilmente eliminados si el grupo beneficiario no puede mantener su posición de fuerza. Pero es más difícil para los grupos de oposición cambiar las asignaciones de derechos realizadas por los tribunales, incluso si los grupos de oposición se vuelven políticamente superiores. Por lo tanto, como sostiene Peltason, los grupos que no confían en su capacidad para obtener o mantener el apoyo legislativo pueden intentar conseguir sus fines a través de los tribunales. Por supuesto, no hay que llevar este argumento demasiado lejos. Las asignaciones judiciales de derechos no están necesariamente garantizadas. Como señaló Peltason

Ningún organismo gubernamental tiene necesariamente la última palabra en cualquier conflicto de intereses. En el caso de la legislación o de las agencias administrativas esto está claramente reconocido. . . . Sin embargo, una decisión judicial no es más concluyente sobre el conflicto de intereses que una decisión de otros organismos. La constitución, o cualquier otra cosa, es lo que los jueces dicen que es sólo cuando los jueces representan el interés dominante dentro de la comunidad.³⁷

En el contexto de una forma de gobierno basada en los grupos de interés, ni siquiera las sentencias de los tribunales son permanentes.

Uno de los canales más obvios de influencia de los grupos de interés es la contratación de jueces. Eisenstein descubrió que los burócratas, los abogados, los colegios de abogados y otros grupos de interés organizados buscan activamente influir en los nombramientos judiciales en todos los niveles del gobierno.³⁸ El reciente circo de intereses especiales que implicó el intento de nombramiento del juez Bork para la Corte Suprema fue inusual sólo por el grado en que las actividades de los grupos de intereses especiales atrajeron tanta atención de la prensa.

Hay buenas razones para que los grupos de interés intenten influir en los nombramientos judiciales. Por ejemplo, algunos jueces no se enfrentan a la reelección o a un nuevo nombramiento, por lo que las herramientas políticas típicas de influencia son relativamente ineficaces. Por lo tanto, decidir quién ocupa el cargo es una vía de influencia política relativamente más importante para los jueces que para los legisladores. Es posible que los designados no deseen ofender a quienes contribuyeron a su éxito en el pasado. De hecho, los cargos de juez son a menudo "recompensas políticas" para individuos que han demostrado su apoyo a los deseos de poderosos grupos de interés. Aquellos jueces que se enfrentan a la reelección o a un nuevo nombramiento o que aspiran a un nombramiento superior reconocen que necesitarán el apoyo de grupos poderosos, por lo que también tienden a mantener los intereses de sus patrocinadores políticos. "De hecho", observó Blumberg, "la decisión fácil es la que está inspirada políticamente".³⁹

La frecuencia de la participación de los grupos de interés organizados en los litigios está bien documentada. Varios estudios se han centrado en decisiones célebres del Tribunal Supremo y han encontrado el apoyo de los grupos de interés desde el principio.⁴⁰ Otros han documentado patrones exhaustivos de participación de los grupos examinando los escritos de *amicus curiae* en el Tribunal Supremo.⁴¹ Los grupos de interés planifican su uso de los litigios tan meticulosamente como sus esfuerzos de presión legislativa. Los factores que influyen en el éxito son la composición de la burocracia del tribunal, el estatus (o el poder) del grupo y la habilidad de la presentación del grupo.⁴² Los grupos de interés: 1) encuentran a una persona dispuesta a infringir una ley para crear un caso de prueba y cuestionar la constitucionalidad o la aplicabilidad de una ley; 2) organizan un juicio amistoso entre un demandante y un demandado en el que los abogados del grupo preparan los argumentos de ambas partes; 3) hacen que un miembro actúe como demandante para impedir que los funcionarios administrativos apliquen una ley; 4) presentan demandas colectivas; 5) ayudan a un no miembro que ya está implicado en un litigio que afecta a los intereses del grupo; y 6) presentan un informe *amicus curiae*.⁴³ En cada caso, el grupo debe tener suficientes recursos financieros para contratar abogados cualificados. Como señalaron Murphy y Pritchett, una decisión judicial favorable puede producir beneficios considerables, pero el litigio es un proceso costoso y que requiere mucho tiempo. Por lo tanto, un grupo de interés con recursos suficientes para retener a un personal jurídico permanente con experiencia relevante tiene una ventaja definitiva sobre otro litigante con recursos financieros limitados.⁴⁴

La actividad de los grupos de interés a través de los tribunales puede tener numerosos objetivos. El propósito del grupo puede ser utilizar a los jueces como fuente de legislación, para crear nuevos derechos de propiedad o cambiar las estructuras de derechos existentes. Por ejemplo, en 1967 el Fondo de Educación y Defensa Legal de la NAACP inició acciones colectivas para bloquear todas las ejecuciones en Florida y California, y posteriormente consiguió que se retrasaran prácticamente todas las ejecuciones del país hasta que se resolvieran diversas cuestiones constitucionales. La LDF consiguió una "moratoria de facto" de todas las ejecuciones durante varios años.⁴⁵ Los esfuerzos de la LDF han contado con el apoyo de varios grupos eclesiásticos, el Consejo Nacional contra el Crimen y la Delincuencia, la Unión Americana de Libertades Civiles y la Asociación Correccional Americana y la Sociedad de Cultura Ética. La Liga Americana para la Abolición de la Pena Capital ha desempeñado un papel activo.⁴⁶ Los grupos de interés pueden tener objetivos muy loables, pero es importante recordar que la mayoría de los estadounidenses apoyan la pena de muerte.⁴⁷ Se trata claramente de un caso de dominio de los grupos de interés y no de la mayoría.

Los grupos de interés pueden utilizar los tribunales para alterar la naturaleza o la severidad de la aplicación de la ley. Por ejemplo,

la lucha por la aplicación [de las leyes medioambientales] es vista por las industrias infractoras como una batalla legítima por la supervivencia. La verdadera lucha es una batalla política sobre la distribución de los ingresos. ¿Cuánto tiempo tendrán los contaminadores para limpiar sus procesos? ¿Quién paga el coste del control de la contaminación? Mientras la aplicación de la ley sea floja, la cuota de ingresos de los contaminadores y sus empleados aumentará porque las plantas existentes pueden seguir utilizándose.⁴⁸

En un esfuerzo por frustrar el cumplimiento de la ley, la parte interesada puede impugnar cuestiones de procedimiento a través de los tribunales, retrasando o limitando así la aplicación de las leyes ofensivas. O se puede intentar limitar la capacidad de la autoridad de aplicación limitando los recursos disponibles. A menudo es más fácil "frustrar la asignación de recursos para la aplicación" que "frustrar" la aprobación de una ley.⁴⁹

Los esfuerzos por influir en la aplicación de la ley van claramente más allá de los tribunales. En su examen de ocho comunidades, Wilson descubrió que las actividades policiales de aplicación de la ley se rigen por los valores dominantes de la "cultura política" local.⁵⁰ Eisenstein, Nimmer y otros han llegado a conclusiones similares.⁵¹ Melvin Sikes llama a la policía "peones de la política y el poder".⁵² Y Bruce Smith descubrió que

La manipulación política y la aplicación de la ley parecen haber estado siempre estrechamente asociadas en Estados Unidos. . . . Las influencias políticas son tan numerosas y variadas que su efecto es caleidoscópico. A veces son tan diametralmente opuestas que tienden a compensarse mutuamente. Sin embargo, por lo general, o bien algún interés político es capaz de dominar o bien los intereses partidistas en conflicto se reconcilian.⁵³

Gordon Tullock encontró dos problemas en la definición y aplicación gubernamental de los derechos de propiedad. En primer lugar, el gobierno se utiliza como instrumento para cambiar los derechos de propiedad de las personas, lo que significa que el gobierno también puede utilizarse para transferir beneficios a quienes tienen suficiente poder para influir en esos cambios.⁵⁴ En segundo lugar, la producción gubernamental de la ley y el orden crea costes externos.

Las ineficiencias de la justicia autoritaria

Dado que los costes de formar un grupo de interés pueden ser elevados, es probable que se requieran fuertes incentivos (altas ganancias per cápita) para inducir a los individuos a superarlos. Los beneficios que obtiene un grupo concreto de la aprobación de una ley que le proporcionó el incentivo inicial para organizarse son probablemente muy grandes, pero el coste adicional de exigir más cambios estatutarios puede ser muy pequeño. En otras palabras, el "precio" pagado por las leyes adicionales es efectivamente cero, y las leyes se suministran a los grupos de interés activos porque presionan sus demandas. Además, las leyes que se suministran no tienen por qué generar suficientes beneficios para cubrir siquiera el coste de su aplicación, ya que los que demandan leyes no tienen que pagar por su aplicación.

Bajo este acuerdo institucional, los requisitos de aplicación que surgen de la cantidad de leyes demandadas e instituidas a través de la legislación deberían superar la oferta limitada de recursos de aplicación. El poder legislativo y los tribunales pueden aprobar leyes a un coste bastante bajo, por supuesto, por lo que el problema de los bienes comunes se refleja realmente en la asignación de los recursos de aplicación. Las leyes que generan un valor relativamente bajo cuando se aplican competirán por la atención de los encargados de hacerlas cumplir con las leyes que pueden generar un valor relativamente mayor. La asignación de recursos para la aplicación de la ley según la disposición a pagar significaría que las leyes que producen el mayor valor se aplicarían normalmente. Sin embargo, los grupos de interés tienen una gran influencia en el racionamiento de la aplicación de la ley. Además, el "orden de llegada" es un importante mecanismo de racionamiento, por lo que la policía puede encontrarse respondiendo a una llamada relacionada con una prostituta, una operación de juego o un consumidor de marihuana, mientras se está produciendo un asesinato, una agresión, una violación o un robo. Además, dado que no hay medios para asignar el espacio en las cárceles, la liberación relativamente temprana de delincuentes potencialmente violentos para dar cabida a los consumidores de marihuana que llegan o a otros delincuentes sin víctimas se convierte en una clara posibilidad.⁵⁵ Existe una tendencia creciente a criminalizar cada vez más actividades. Por ejemplo, Cole informó de que un

factor de la crisis de la justicia penal es la "explosión de la ley", es decir, las presiones cada vez más complejas y exigentes que se ejercen sobre la ley y las instituciones jurídicas para resolver los conflictos en la sociedad. . . [Se incluye] la tendencia a utilizar el derecho penal para realizar una serie de funciones para la sociedad fuera de las preocupaciones tradicionales de protección de las personas y la propiedad.⁵⁶

Estas funciones se asocian normalmente con los llamados delitos sin víctimas o con la prestación de "servicios a la comunidad", pero parecen estar ocupando una parte mayor de los recursos del sistema de justicia penal, dejando relativamente pocos recursos disponibles para el control de los delitos violentos y contra la propiedad.

La despenalización de los delitos sin víctimas y "la consiguiente reducción de la presión sobre la policía, los tribunales y los servicios penitenciarios tendría un enorme impacto en el sistema de justicia penal".⁵⁷ De hecho, una de las razones por las que la policía no logra detener a la mayoría de los delincuentes, así como por los retrasos en los tribunales penales y el hacinamiento en las cárceles, es que se estima que entre el 30 y el 50 por ciento de los recursos del sistema de justicia penal se emplean contra personas que no han causado daños a personas o bienes.⁵⁸ Se dedican grandes cantidades de recursos a la detención, el enjuiciamiento y el castigo de prostitutas, consumidores de drogas, jugadores, vendedores de pornografía y otros que no tienen víctimas identificables. Evidentemente, una reducción de la criminalización de estos delitos liberaría recursos que podrían reorientarse al control de los delitos violentos y contra la propiedad. Por ejemplo, en 1971, el fiscal del distrito de Los Ángeles comenzó a presentar todos los casos de posesión de marihuana como delitos menores en lugar de como delitos graves. Como resultado directo, durante 1971-1972 se presentaron aproximadamente 10.000 casos menos de delitos graves que durante el año anterior, reduciendo el número de casos de delitos graves del sistema en un 25%.⁵⁹ Si la despenalización tiene este efecto, el aumento de la criminalización debería tener el efecto contrario; más "delitos" que aplicar significa relativamente menos recursos dedicados a la protección o a la resolución de delitos violentos y contra la propiedad.

Los grupos de interés y el problema de los bienes comunes para los tribunales. Los defensores de la reforma de los tribunales han presionado normalmente para conseguir una versión mayor y "mejor" del sistema existente. "La mayoría de los miembros activos de los grupos institucionalizados de "reforma legal", concluyó el juez Neely, "en particular el colegio de abogados, son abogados que han dedicado su vida a dominar el sistema actual. Este hecho por sí solo anima a que toda mejora se base en hacer un modelo mayor y mejor del sistema actual."⁶⁰ ¿Pero por qué no se satisfacen plenamente sus demandas, dada la receptividad del sector público a los grupos de presión organizados? La respuesta es que hay grupos de interés aún más poderosos que se benefician de las ineficiencias del sistema judicial y que, por tanto, se resisten a los cambios. Neely señaló que

todo esfuerzo de mejora de los tribunales tiene, desde la perspectiva de algún grupo de interés político, componentes negativos. . . . Mientras que la clase política en la mayoría de los lugares está realmente en contra de los asesinatos, los robos a mano armada y el tráfico de drogas... esa misma clase se muestra menos entusiasta a la hora de perseguir el fraude a los consumidores, las violaciones de las leyes antimonopolio o la corrupción política, porque ellos mismos suelen estar implicados en estas actividades. . . . Los esfuerzos por aumentar el personal para la persecución de los delitos violentos... se ven afectados por el temor bien justificado de que el mismo personal de la fiscalía que puede hacer un número en los habitantes de los bajos fondos también puede hacer un número en todos nuestros amigos del club de campo bien cuidados que participan en un soborno ocasional, elecciones amañadas, o un pequeño fraude al consumidor.⁶¹

Dado que los recursos de los tribunales y de la fiscalía son recursos comunes, pueden utilizarse para una gran variedad de funciones de aplicación de la ley. Las demandas políticas y los motivos de interés propio de los jueces y burócratas de la fiscalía son algunos de los factores que determinarán cómo se racionarán los nuevos recursos. Se necesitaría una enorme cantidad de recursos adicionales para eliminar todo el exceso de demanda (el racionamiento por espera seguiría aplicándose, por supuesto, aunque las colas podrían ser más cortas), por lo que la solución puede amenazar a algunos cuyos "delitos" pasan actualmente desapercibidos.

Los economistas suelen sugerir que la solución para un problema de bienes comunes es la asignación por voluntad de pago, es decir, la asignación de precios. Esto reduciría los litigios al desalentar el uso frívolo y poco valorado del sistema judicial. Pero varios grupos de justicia se resistirían con vehemencia a este cambio. Por ejemplo, "los abogados son reacios a aceptar cualquier norma que desincentive los litigios, ya que éstos son su pan de cada día". Mientras que la tragedia del común puede tener un efecto desastroso para los litigantes, es una bonanza para decenas de miles de nuevos abogados que se gradúan cada año en las facultades de derecho.⁶² En realidad, no todos los litigantes consideran desastrosas las consecuencias del sistema de reparto. Hay grupos de intereses especiales que se benefician sustancialmente porque pueden utilizar el sistema judicial con su actual mecanismo de racionamiento. Neely citó algunos de los "interminables" ejemplos de estas "disputas frívolas" o "no disputas".⁶³ Por ejemplo, en la mayoría de las disputas entre propietarios e inquilinos la única cuestión es el alquiler atrasado, y el tribunal acabará decidiendo que el propietario tiene razón y el inquilino no.⁶⁴ Sin embargo, el inquilino puede negarse a pagar y amenazar con acudir a los tribunales, lo que obliga al propietario a asumir las costas judiciales, que pueden ser mayores que el beneficio de obtener los alquileres atrasados. Entonces, el arrendador simplemente se da por vencido. Si el perdedor de estos casos tuviera que pagar las costas judiciales de los ganadores, se amenazaría o presentaría menos casos.

En el sector de los seguros, si una compañía quiere reducir su liquidación cuando una casa y su contenido han sido destruidos por un incendio, entonces la compañía puede exigir la prueba del valor justo de mercado del contenido de la casa, forzando el litigio para la recuperación total.⁶⁵ Para evitar las costas judiciales, el asegurado puede verse obligado a llegar a un acuerdo por menos de lo que le corresponde legalmente. Uno de los costes judiciales más importantes surge directamente del problema de los bienes comunes, ya que el racionamiento por la espera conduce a la demora judicial. Un retraso suficiente reduce sustancialmente el valor de la indemnización final y beneficia a algunos grupos.

Cuanto más tiempo pueda un perdedor retrasar la decisión en un caso civil, más tiempo podrá utilizar el dinero que tendrá que pagar. Dado que las sentencias no incluyen el coste total del litigio, muchos litigantes que esperan perder tienen incentivos para litigar. Esto puede ser un beneficio sustancial para las compañías de seguros, pero también puede ser importante para otros intereses políticos. Por ejemplo, algo más de una quinta parte de los casos civiles concluidos en la ciudad de Nueva York en el ejercicio 1979-1980 se presentaron contra el gobierno municipal.⁶⁶ Neely informó: "La ciudad de Nueva York no puede permitirse un sistema judicial eficiente porque estaría en bancarrota sin posibilidad de rescate si todas las demandas llegaran a juicio en uno o dos años".⁶⁷ Cuando se enfrenta a varios años de retraso, un demandante también puede tener fuertes incentivos para llegar a un acuerdo extrajudicial por mucho menos de lo que podría recibir de otra manera. Esto beneficia a las compañías de seguros, a la ciudad de Nueva York y a muchos otros que se enfrentan a grandes responsabilidades. La demora también puede beneficiar a los delincuentes culpables, porque los fiscales tienen incentivos para llegar a un acuerdo y llegar a una declaración de culpabilidad aceptable. Cuanto más se retrase el tribunal, más fuerte será la posición de negociación del delincuente.

Las presiones políticas para mantener el carácter común de los tribunales y, en general, de todo el sistema judicial, provienen de muchas fuentes, desde los intereses empresariales hasta los gobiernos, pasando por los implicados en el proceso legal y los ajenos a la ley. De hecho, hay muchos "intereses especiales que buscan activamente una actuación judicial mediocre, cuando no francamente incompetente".⁶⁸ Cualquier cambio en el sistema actual hace que la transferencia de riqueza de algún grupo a otro sea más (o quizás menos) eficiente, y los intereses de alguien se ven afectados. El sistema de justicia del sector público seguirá siendo ineficiente porque continuará siendo parte del campo de batalla político sobre la asignación de los derechos de propiedad y la riqueza.

Compromisos políticos ineficientes. Las presiones políticas contradictorias a menudo obligan a aplicar leyes o procedimientos de aplicación de la ley que son relativamente ineficientes para lograr un fin determinado. Tal vez el conjunto más visible de procedimientos de aplicación de la ley ineficientes sean los resultantes de las normas de exclusión. Las sentencias del Tribunal Supremo sobre las pruebas aceptables reflejan sus esfuerzos por proteger los derechos civiles y las libertades individuales de los abusos de las burocracias policiales. Pero la única herramienta de la que disponían los tribunales era su poder para excluir pruebas, lo que, como observó Neely, es como "intentar hacer cirugía cerebral con un hacha de carne".⁶⁹

Los ciudadanos, los jueces, la policía y los fiscales denuncian el conjunto de complicadas normas procesales y la frecuente puesta en libertad de delincuentes evidentemente culpables. La Comisión Consultiva Nacional sobre Normas y Objetivos de la Justicia Penal, por ejemplo, descubrió que uno de los principales factores que contribuyen al aumento de los delitos graves es que los tribunales han aplicado normas más estrictas para la admisión de pruebas sin justificar adecuadamente los cambios, y a menudo sin proporcionar directrices suficientes para obtener pruebas admisibles.⁷⁰ Asimismo, David Jones informó de que los jueces y fiscales de los tribunales inferiores se quejan, en general, de que la ampliación de las normas de exclusión ha mermado su capacidad para llevar a los culpables ante la justicia.⁷¹

Una consecuencia importante de las normas de exclusión es que el objetivo previsto de proteger las libertades civiles no se ha logrado de forma efectiva, especialmente cuando se trata de los derechos de los inocentes. Por ejemplo, si la policía entra en la casa de una persona, destruye o daña su propiedad y no encuentra nada incriminatorio, las normas de exclusión no le protegen. Su único recurso es presentar una demanda por daños y perjuicios, con los costes que conlleva, para recuperarse.⁷² Además, estas demandas por daños y perjuicios no suelen tener éxito, ya que muchos estados exigen que se pruebe la intención viciosa o el conocimiento previo de la inocencia antes de que se paguen los daños y perjuicios. Por lo tanto, "hay poco recurso efectivo contra la policía disponible para aquellos que no son culpables", y "por cada registro que produce contrabando hay incontables decenas que no lo hacen".⁷³ La regla de exclusión protege a los delincuentes, no a las víctimas inocentes.

Las normas de exclusión también han dado lugar a un método bastante costoso de proteger los derechos de los culpables. Por ejemplo,

Veinte años de decisiones judiciales sobre el registro y la incautación, el requisito de una orden judicial para ciertos tipos de detenciones y el interrogatorio policial han generado un sistema totalmente artificial de normas procesales que incluso los abogados consideran difícil de dominar. Cuando un tribunal supremo estatal de cinco jueces, después de tres meses de deliberación, se divide en tres a dos sobre si un registro concreto entra dentro de las estrechas excepciones al requisito de la orden judicial, ¿cómo se puede esperar que el agente de policía medio decida la cuestión correctamente en los aproximadamente quince segundos que se le asignan en la calle?⁷⁴

Estas complejidades han dado lugar a demandas adicionales en el sistema judicial y fiscal y a un gasto considerable en "formación" policial adicional para que los agentes puedan comprender las complejas normas de procedimiento para obtener pruebas aceptables.

Cabe señalar que, dados sus objetivos, el sistema judicial no tenía más opción que establecer una norma de exclusión. Las normas sobre pruebas están bajo el control del tribunal, pero no lo están los medios más eficaces para lograr el fin deseado. En realidad, el tribunal no exige la liberación de los delincuentes cuyos derechos han sido violados; simplemente ha dictado que la liberación será la solución hasta que se establezca otro medio de proteger los derechos civiles.⁷⁵ Pero el Congreso y las legislaturas estatales no se han hecho cargo del problema porque, como explicó Neely, el remedio lógico requeriría una multa civil a los funcionarios infractores o a sus departamentos gubernamentales.⁷⁶ Sin embargo, es mucho más probable que tales remedios logren la protección de los derechos civiles, especialmente de los inocentes.

"Todo estudioso serio de la regla de exclusión", observó Neely, "... está de acuerdo en que la regla de exclusión es un elemento disuasorio limitado para las formas más persistentes de acoso policial".⁷⁷ La regla de exclusión no proporciona ninguna sanción directa contra la policía, y el único coste personal para un agente de policía por la obtención indebida de pruebas es indirecto. Si un agente viola sistemáticamente los derechos de los delincuentes para que no se puedan obtener condenas, puede esperar una reducción de su salario o la pérdida de su empleo. Incluso estas sanciones son extremadamente tenues cuando un agente está protegido por su sindicato y cuando despedir a un funcionario es prácticamente imposible. En algún momento, el funcionario puede ser rechazado para un ascenso, pero esas posibilidades son tan inciertas que apenas suponen una amenaza.

Si se aplicaran sanciones suficientemente directas, el "acoso" policial se reduciría considerablemente sin necesidad de ninguna norma de exclusión. Habría incentivos más directos para actuar correctamente si los departamentos de policía y los gobiernos fueran responsables de los daños y perjuicios cada vez que la policía viola los derechos de un ciudadano. Neely argumentó que las indemnizaciones por daños y perjuicios de no más de quinientos dólares, más los honorarios de los abogados y cualquier daño a la propiedad, afectarían a los presupuestos locales lo suficiente como para que los responsables políticos disuadieran de los abusos policiales.⁷⁸ La suposición aquí es que la presión presupuestaria se traduciría en una presión sobre los agentes de policía para que "limpien sus actos". Una vía más directa sería hacer responsables a los propios agentes de esos daños exigiendo un pago monetario a sus víctimas. En cualquiera de los casos, Neely sostenía que si una legislatura estatal promulgaba un sistema de compensación integral para todos los ciudadanos con daños razonables por toda intrusión policial inconstitucional y simultáneamente prohibía la regla de exclusión en los tribunales del estado, el Tribunal Supremo se vería obligado a reconsiderar sus reglas de exclusión.⁷⁹

Es probable que ninguna legislatura estatal se plantee seriamente una ley de este tipo. El poder político de las organizaciones policiales se movilizaría tan rápidamente que cualquier legislador que apoyara el proyecto de ley se vería en un problema considerable. Los gobiernos locales también se opondrían firmemente a la legislación porque, al menos inicialmente, sería muy costosa. Desde el punto de vista de los funcionarios de las administraciones locales, una norma de exclusión es poco costosa. No cuesta dinero de los impuestos liberar a los delincuentes culpables. Desde el punto de vista de los legisladores y ejecutivos a nivel local, estatal y federal, una norma de exclusión tiene también otras ventajas políticas. La indignación de los ciudadanos o de los grupos de interés por el fracaso del gobierno a la hora de condenar y encarcelar a los delincuentes se dirige en gran medida a los tribunales y a "sus" normas sobre las pruebas. Este es uno de los factores que ha llevado a la reciente demanda de penas más estrictas: "Estos grupos de base están expresando su ira y frustración contra los jueces que dictan sentencias indulgentes, contra las juntas de libertad

condicional que liberan a los delincuentes violentos para que cometan caos, contra los fiscales que negocian los delitos graves hasta reducirlos a cargos menores, y contra las leyes que permiten que los culpables queden libres por caprichos legales o pequeños errores policiales".⁸⁰ Su "frustración" no es con los legisladores o los ejecutivos, sino con las leyes hechas por los jueces, aunque las leyes estén en vigor porque los legisladores han decidido no revocarlas. Y la frustración no es con la policía, que se beneficia cuando esa indignación se dirige a otra parte. De hecho, la policía ha justificado con frecuencia presupuestos más amplios para cubrir el coste de la formación adicional y otras necesidades que surgen de los complejos procedimientos asociados a las reglas de prueba de los tribunales.

Aunque la regla de exclusión es un medio ineficiente e ineficaz de proteger los derechos civiles, no es probable que se cambie porque sea una "solución" políticamente atractiva. Demuestra un esfuerzo por proteger los derechos individuales, pero, lo que es más importante, lo hace sin el gran impacto negativo sobre la policía y los políticos que tendrían procedimientos más eficientes. Se podrían citar muchas otras ineficiencias derivadas del compromiso político, pero pocas son tan obvias o notorias como las normas de exclusión.

NOTAS

1. Richard Quinney, *The Social Reality of Crime* (Boston: Little, Brown, 1970), pp. 15-18; Quinney, *Critique of Legal Order* (Boston: Little, Brown, 1974), p. 16; William Chambliss, "Toward a Political Economy of Crime", *Theory and Society* 2 (verano de 1975): 152; Peter Manning, "Deviance and Dogma", *British Journal of Criminology* 15 (enero de 1975): 14; Francis Allen, *The Crimes of Politics: Political Dimensions of Crime* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1974), p. 21; Stuart Hill, *Crime, Power and Morality: The Criminal Law Process in the United States* (Scranton, Pa.: Chandler Publishing, 1971); Austin Turk, "Conflict and Criminality", *American Sociological Review* 31 (junio de 1966): 346; George Cole, *Politics and the Administration of Justice* (Beverly Hills: Sage, 1973); Richard Berk, Harold Brackman y Selma Lesser, *A Measure of Justice: An Empirical Study of Changes in the California Penal Code, 1955-1971* (Nueva York: Academic Press, 1977); Jack Peltason, *Federal Courts in the Political Process* (Nueva York: Random House, 1955); James Eisenstein, *Politics and the Legal Process* (Nueva York: Harper and Row, 1973); Raymond Nimmer, *The Nature of System Change: Reform Impact in the Criminal Court* (Chicago: American Bar Foundation, 1978); Walter Murphy y C. Herman Pritchett, *Courts, Judges, and Politics* (Nueva York: Random House, 1961), Capítulo 8.
2. William Chambliss y Robert Seidman, *Law, Order, and Power* (Reading, Mass.: Addison-Wesley Publishing, 1971), p. 67.
3. Richard Neely, *Why Courts Don't Work* (Nueva York: McGraw-Hill Book Co., 1982), p. 29.
4. *Ibidem*, p. 162.
5. Chambliss y Seidman, *Law, Order, and Power*, p. 73.
6. William Chambliss, "A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy", *Social Problems* 12 (verano de 1964): 69.
7. Jerome Hall, *Theft, Law and Society*, 2ª ed. (Indianápolis: Bobbs-Merrill, 1952); Anthony Platt, *The Child Savers* (Chicago: University of Chicago Press, 1969).
8. Joseph Gusfield, *Symbolic Crusade* (Urbana: University of Illinois Press, 1963).
9. Berk y otros, *A Measure of Justice*.
10. *Ibidem*, pp. 85-86.
11. *Ibidem*, p. 11. Véase también John Heinz, Robert Gettleman y Morris Seeskin, "Legislative Politics and the Criminal Law", *Northwestern University Law Review* 64 (julio de 1969): 277-356.
12. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 80.
13. Berk, et al., *A Measure of Justice*, p. 86.
14. *Ibidem*, p. 62.
15. *Ibidem*, pp. 201-203.
16. *Ibidem*, p. 200.
17. *Ibidem*, p. 276.
18. Pamela Roby, "Politics and Criminal Law: Revision of the New York State Penal Law on Prostitution", *Social Problems* 17 (verano de 1969): 83-109.
19. Eisenstein, *Politics and the Legal Process*, pp. 95-97. 20. Para conclusiones similares, véase Carl Heustis, "Police Unions", *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 48 (noviembre de 1958): 643; Alan Bent, *The Politics of Law Enforcement: Conflict and Power in Urban Communities* (Lexington, Mass.: Lexington Books, 1974), p. 77.
20. Daniel Glaser, *Crime in Our Changing Society* (Nueva York: Holt, Rinehart and Winston, 1978), p. 22.
21. 21. Howard Becker, *Outsiders: Studies in Sociological Deviance* (Nueva York: The Free Press, 1963), pp. 121-146. 22. Para conclusiones similares, véase Donald Dickson, "Bureaucracy and Morality: An Organizational Perspective on a Moral Crusade", *Social Problems* 16 (otoño de 1968): 142-156; Joseph Oteri y Harvey Silvergate, "In the Marketplace of Free Ideas: A Look at the Passage of the Marihuana Tax Act", en *Marihuana: Myths and Realities*, ed. J. L. Simmons (North Hollywood: Brandon House, 1967), pp. 136-162. Véase también Alfred Lindesmith, *The Addict and the Law* (Nueva York: Vintage Press, 1965); y Hill, *Crime, Power, and Morality*, p. 98.
22. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 81.
23. James T. Bennett y Thomas J. DeLorenzo, "Poverty, Politics, and Jurisprudence: Illegalities at the Legal Services Corporation", *Cato Policy Analysis* 49 (26 de febrero de 1985): 1-29. La discusión que sigue se basa en gran medida en este documento.
24. *Legal Services Corporation Act* (1974), sección 1007 (a)(5), (b)(6), (b)(7).
25. Bennett y DiLorenzo, "Poverty, Politics, and Jurisprudence", p. 5.
26. *Ibidem*, pp. 7, 8.
27. *Ibidem*, p. 8.
28. *Ibidem*, p. 10.
29. Citado en *ibidem*, p. 10.

30. *Ibidem*, p. 12.
31. *Ibidem*, p. 14.
32. *Ibidem*, p. 16.
33. *Ibidem*, p. 22.
34. Peltason, *Federal Courts in the Political Process*, p. 11.
35. *Ibidem*, p. 11. Ver también Murphy y Pritchett, *Courts, Judges, and Politics*, p. 274.
36. William Landes y Richard Posner, "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective", *Journal of Law and Economics* 18 (1975): 875-901; Mark Crain y Robert Tollison, "Constitutional Change in an Interest Group Perspective," *Journal of Legal Studies* 8 (enero de 1979): 165-175.
37. Peltason, *Federal Courts in the Political Process*, p. 55.
38. Eisenstein, *Politics and the Legal Process*, pp. 66-67. 39. Ver también John Schmidhauser y Larry Berg, *The Supreme Court and Congress: Conflict and Interaction, 1945-1968* (Nueva York: Free Press, 1972), pp. 81-99; Peltason, *Federal Courts in the Political Process*, Capítulo 4; Abraham Blumberg, *Criminal Justice* (Chicago: Quadrangle Books, 1970).
39. Blumberg, *Criminal Justice*, p. 127.
40. Véase, por ejemplo, Clement Vose, *Caucasians Only: The Supreme Court, the NAACP and the Restrictive Covenant Cases* (Berkeley: University of California Press, 1959); David Manwaring, *Render Unto Caesar* (Chicago: University of Chicago Press, 1962).
41. Véase, por ejemplo, Samuel Kirslov, "The Amicus Curiae Brief", *Yale Law Journal* 72 (1963): 694-721; Fowler Harper y Edwin Etherington, "Lobbyists Before the Court", *University of Pennsylvania Law Review* 101 (1953): 1172-1177.
42. Murphy y Pritchett, *Courts, Judges, and Politics*, p. 275.
43. *Ibidem*, pp. 276-278.
44. *Ibidem*, p. 280.
45. Hugo Bedau, *The Courts, the Constitution and Capital Punishment* (Lexington, Mass.: Lexington Books, 1977), p. 76. Véase también Michael Meltser, *Cruel and Unusual: The Supreme Court and Capital Punishment* (Nueva York: Random House, 1973).
46. Véase también Hugo Bedau, "The 1964 Death Penalty Referendum in Oregon: Some Notes from a Participant-Observer", *Crime and Delinquency* 26 (octubre de 1980): 528-536.
47. H. Erskine, "The Polls: Capital Punishment", *Public Opinion Quarterly* 34 (1970): 290-301; "Public Opinion About Capital Punishment", *Gallup Opinion Index* (1978), pp. 20-25; Research and Forecasts, Inc., *America Afraid: How Fear of Crime Changes the Way We Live, Based on the Widely Publicized Figgie Report* (Nueva York: New America Library, 1983).
48. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 29.
49. *Ibid.*
50. James Q. Wilson, *Varieties of Police Behavior* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1968).
51. Eisenstein, *Politics and the Legal Process*; Nimmer, *The Nature of System Change*.
52. Melvin Sikes, *The Administration of Injustice* (Nueva York: Harper and Row, 1975), p. 119.
53. Bruce Smith, *Police in the United States*, 2nd rev. ed. (Nueva York: Harper and Row, Publishers, 1960), p. 4.
54. Gordon Tullock, *Private Wants, Public Means: An Economic Analysis of the Desirable Scope of Government* (Nueva York: Basic Books, 1970), p. 146.
55. Bruce L. Benson y Laurin Wollan, "Prison Crowding and Judicial Incentives", *Madison Paper Series* 3 (febrero de 1989): 1-22.
56. Cole, *Politics and the Administration of Justice*, pp. 23-24.
57. Abraham Goldstein y Joseph Goldstein, *Crime, Law, and Society* (Nueva York: The Free Press, 1971), p. 293.
58. Robert W. Poole, Jr., *Cutting Back City Hall* (Nueva York: Universe Books, 1978), p. 53.
59. *Ibidem*, p. 53.
60. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 61.
61. *Ibidem*, p. 20.
62. *Ibidem*, p. 183.
63. *Ibidem*, pp. 168-170.
64. *Ibidem*, p. 169.
65. *Ibidem*, p. 108.
66. *Ibidem*, p. 16.
67. *Ibidem*, p. 17.
68. *Ibidem*, p. 241.
69. *Ibidem*, p. 137.
70. Comisión Consultiva Nacional sobre Normas y Objetivos de la Justicia Penal, *Informe sobre la Policía*, 1973, p. 206. Véase también Fred Graham, *The Self-Inflicted Wound* (Nueva York: Macmillan, 1970).
71. David Jones, *Crime Without Punishment* (Lexington, Mass.: Lexington Books, 1979), p. 83.
72. Neely, *Why Courts Don't Work*, pp. 144-145.
73. Barnett, "Public Decisions and Private Rights", p. 54.
74. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 142.
75. *Ibidem*, pp. 139-140.
76. *Ibidem*, p. 140.
77. *Ibidem*, p. 141.
78. *Ibidem*, p. 148.
79. *Ibidem*, p. 162.
80. Michael Satchell, "Victims Have Rights Too", *Parade*, 17 de marzo de 1985, p. 15.

CAPÍTULO 5

EL MERCADO POLITICO POR EL LADO DE LA OFERTA

Las burocracias de la justicia penal corroboran dos conclusiones de la teoría de la burocracia. Primera, los responsables de la policía, y los jueces, tratan de ampliar el tamaño y poder de sus departamentos. Segunda, los burócratas de la justicia penal actúan como grupos de intereses. Asimismo, también encuentra considerable respaldo la conclusión de que los burócratas tienen poderosos incentivos para atentar el tamaño (esto es, el nivel de imposición de los derechos) de la burocracia Este capítulo proporcionará unos pocos ejemplos de tales incentivos y quizás más importante aún, examinará las consecuencias de dichos motivos sobre la eficacia de los recursos asignados a la provisión pública de ley y orden. Pero en primer lugar, ¿qué éxito han tenido los burócratas a la hora de ampliar sus dotaciones presupuestarias?

Crecimiento del sistema de justicia penal

Durante la década de los 60, el personal de las fuerzas de seguridad del sector público per cápita aumentó en un 27%, mientras que el gasto per cápita en orden público se incrementó en un 70%. Durante el mismo periodo, el poder adquisitivo del dólar disminuyó sólo un 21%. Entre 1960 y 1969, el número de personal encargado de la aplicación de la ley empleado por todos los niveles de gobierno creció un 42%, mientras que la población sólo aumentó un 12%.¹ Estas tendencias han continuado, como es evidente en el crecimiento del empleo (Tabla 6.1), la nómina (Tabla 6.2) y el gasto total (Tabla 6.3) de los distintos componentes del sistema público de justicia penal.

Durante la década de los 70, el empleo en el sector de la justicia penal creció aproximadamente cinco veces la variación porcentual de la población total y, en términos reales, el gasto en servicios de justicia penal producidos públicamente casi se duplicó (en términos nominales se triplicó con creces). Pero, ¿ha aliviado este crecimiento los problemas inherentes a la justicia penal del sector público?

TABLA 6.3 GASTOS DE LOS GOBIERNOS FEDERAL, ESTATALES Y LOCALES POR ACTIVIDAD
(EN MILES DE DOLARES), 1970-1979^a

Año	Total Gastos	Policía	Personal Judicial y de servicios	Ministerio Público	Defensa	Prisiones	Otros
1970	8,571,252	5,079,808	1,190,416	411,764	102,291	1,706,291	50,498
1971	10,517,083	6,164,918	1,355,282	491,326	128,547	2,291,073	82,937
1972	11,731,802	6,903,304	1,490,649	580,381	167,630	2,422,330	167,508
1973	13,006,721	7,624,178	1,579,457	663,810	206,705	2,740,208	192,363
1974	14,842,053	8,511,676	1,798,153	770,762	244,593	3,240,396	276,473
1975	17,248,860	9,786,162	2,067,664	933,126	280,270	3,843,313	338,325
1976	19,681,409	11,028,244	2,428,472	1,047,925	331,102	4,385,512	460,150
1977	21,573,756	11,864,875	2,638,251	1,225,344	403,754	4,934,067	507,465
1978	24,131,955	13,120,193	3,067,221	1,459,859	523,735	5,522,711	438,276
1979	25,871,357	13,811,815	3,388,874	1,648,084	597,262	5,986,464	439,058
% change 1970-79	201.8%	171.9%	184.7%	273.1%	483.9%	250.1%	769.5%

a. Fuente: Sourcebook of Criminal Justice Statistics (Washington, D.C.: Departamento de Justicia de EE.UU. Oficina de Estadísticas de Justicia. Varios años).

TABLA 6.2 NÓMIMA DEL MES DE OCTUBRE (EN MILES DE DÓLARES) DE LAS ADMINISTRACIONES FEDERAL, ESTATALES Y LOCALES DE JUSTICIA PENAL, 1970-1979^a

Año	Total de Nominas	Policía	Personal Judicial y de servicios	Ministerio Público	Defensa	Prisiones	Otros
1970	604,203	388,015	76,686	34,420	2,715	106,655	712
1971	714,873	445,289	88,698	37,922	3,439	136,810	2,715
1972	804,241	501,277	97,634	43,925	4,367	152,299	5,235
1973	912,176	570,871	107,916	50,978	5,728	170,405	6,278
1974	1,043,104	645,612	124,817	59,585	7,201	198,462	7,427
1975	1,158,872	708,888	141,122	67,695	8,213	224,635	8,319
1976	1,277,120	772,867	154,466	77,140	9,821	252,890	9,935
1977	1,426,801	846,197	178,918	89,734	12,219	287,924	11,859
1978	1,540,955	908,221	190,541	101,288	12,529	314,864	11,679
1979	1,681,947	973,276	211,109	114,623	15,247	355,247	12,446
% change 1970-79	178.4%	150.8%	175.3%	233.0%	461.6%	233.1%	1648.0%

a. Fuente: Source book of Criminal Justice Statistics (Washington, D.C.: Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Oficina de Estadísticas de Justicia. Varios años).

b. Tal vez haya que subrayar que estas cifras se refieren a la nómina de un mes, y no al total de la nómina anual, siendo ese mes octubre en cada caso.

TABLA 6.1 EMPLEADOS A TIEMPO COMPLETO EN LAS ADMINISTRACIONES FEDERAL, ESTATALES Y LOCALES DE JUSTICIA PENAL, 1970-1979^a

Año	Total de empleados	Policía	Personal Judicial y de servicios	Ministerio Público	Defensa	Prisiones	Otros
1970	774,551	489,367	95,524	38,171	3,063	148,044	582
1971	861,766	528,594	107,129	39,725	3,510	179,961	2,857
1972	898,305	547,555	111,686	43,789	4,155	185,793	5,326
1973	945,305	575,142	115,490	47,304	5,178	196,279	5,916
1974	1,011,205	607,913	125,129	52,215	6,119	213,197	6,628
1975	1,050,503	625,045	131,988	55,364	6,357	224,520	7,229
1976	1,079,892	628,347	137,451	59,306	7,255	239,293	8,240
1977	1,131,780	645,015	150,546	63,902	8,104	255,008	9,206
1978	1,157,288	655,720	149,336	69,234	8,268	265,503	9,041
1979	1,177,263	653,579	155,707	73,189	9,081	276,549	9,158
% change 1970-79	52.0%	33.6%	63.0%	91.7%	196.5%	86.8%	1463.5%

a. Fuente: Sourcebook of Criminal Justice Statistics Washington D.C. U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics. Varios años).

Consecuencias de los incrementos burocráticos y del racionamiento sin la utilización de precios

Hemos visto cómo los recursos de la justicia penal del sector público se utilizan a menudo de forma ineficiente debido al problema del fondo común que surge cuando los recursos no son de propiedad privada. La asignación de estos recursos no está determinada por los precios (disposición a pagar), por lo que no hay incentivos para que los demandantes conserven el uso de los recursos o para que los proveedores se aseguren de que los recursos se emplean en su uso más valioso. Pero la asignación según la disposición a pagar hace mucho más que evitar los problemas de los bienes comunes. Los precios proporcionan a los proveedores de bienes y servicios señales claras de lo que quieren los consumidores, y los precios relativos son una importante fuente de información que los mercados utilizan para representar el valor relativo de los usos alternativos de los recursos. La disposición a pagar un precio alto a un proveedor suele significar que el productor está haciendo un muy buen trabajo para abastecer a los consumidores. Si ese precio elevado genera grandes beneficios, el productor puede emplear más recursos y producir más cantidad del producto deseado.

Medidas de rendimiento no relacionadas con el precio. Dado que los legisladores no disponen de una fuente de información clara como los precios a la hora de determinar cómo asignar los recursos empleados públicamente, se ven obligados a considerar medidas de rendimiento menos fiables. Normalmente, esto significa utilizar alguna representación estadística de la "calidad" del trabajo realizado por una oficina, ya que los precios de mercado no

otorgan un valor directo a ese trabajo. Por ejemplo, la función de la policía en la mente de la mayoría de los ciudadanos es "luchar contra el crimen". Pero, ¿cómo podemos saber si están haciendo un buen trabajo para justificar un determinado presupuesto? Deben demostrar su eficacia como cualquier otra oficina. ¿Qué estadística está disponible para demostrar que la policía está luchando contra el crimen? El número de detenciones es una medida natural, y otros burócratas del sector legal se basan en estadísticas similares.

La pregunta importante es: ¿qué incentivos ofrece la confianza en las medidas estadísticas de eficacia? Cuando el precio que los consumidores están dispuestos a pagar mide la eficacia, los productores tienen fuertes incentivos para proporcionar la calidad de los bienes o servicios que los consumidores desean. Si se contrata a una empresa de seguridad privada para proteger un hogar o un negocio, esa empresa tendrá incentivos para prevenir la delincuencia mediante la vigilancia y la cautela. Los particulares que se unen a grupos de vigilancia vecinal lo hacen en gran medida para establecer patrullas que disuadan a los delincuentes y, por tanto, prevengan los delitos. Pero la policía pública debe elaborar estadísticas de detenciones y no tiene grandes incentivos para vigilar o patrullar. La policía pública tiene incentivos para esperar a que se cometa un delito para realizar una detención. Los fiscales tienen incentivos similares para negociar condenas por cargos menores, quizás con sentencias concurrentes, con el fin de generar estadísticas de condenas. Todos estos incentivos surgen porque estas burocracias no son instituciones de mercado.

Una vez más, los burócratas del sector público no son por naturaleza malas personas, pero como la mayoría de las personas, responden a los incentivos. El juez Neely señaló: "La cuestión no es que los fallos humanos desempeñen un papel central en el colapso de los tribunales, sino que los tribunales como institución tienden a engendrar muchos de los fallos observados".² Los cargos vitalicios o los largos mandatos de los jueces, observó, fomentan "la arrogancia y la indolencia", mientras que ocupaciones como el trabajo de vendedor tienden a enmascararlas.³ Los vendedores compiten en los mercados por los gastos de los consumidores, mientras que los jueces prestan un servicio dentro de un entorno institucional que requiere que los consumidores potenciales compitan por su atención.

Discreción burocrática. Los burócratas encargados de la aplicación de la ley pública también tienen una enorme discrecionalidad en la asignación de los recursos de la oficina. Como señaló Bent:

Con más de 30.000 leyes federales, estatales y locales que cumplir, el policía medio se enfrenta a la monumental tarea de aplicar estas leyes de manera uniforme y de cumplir con sus deberes en un estándar de comportamiento establecido. En teoría, la multiplicidad de leyes puede interpretarse como un dispositivo administrativo tradicional para definir las condiciones de comportamiento ilegal o desordenado que el policía puede encontrar, excluyendo así cualquier responsabilidad discrecional por parte del agente de policía individual. En realidad, sin embargo, la sobrecarga de leyes ha hecho impracticable la aplicación mecánica de la ley por parte de la policía. En su lugar, esta sobrecarga invita a la influencia de los prejuicios de los agentes de policía individuales... lo que da lugar a que la ley se administre de forma desigual y selectiva.⁴

Con esa discrecionalidad, la policía puede elegir qué leyes aplicar estrictamente y cuáles no aplicar en absoluto. De hecho, esta discrecionalidad es un ingrediente importante para satisfacer las demandas de poderosos intereses especiales; la policía no sólo puede elegir qué leyes aplicar, sino qué leyes aplicar para quién. Las posibilidades de protección policial de una persona se

corresponden estrechamente con su posición en la "geografía del poder político".⁵ Se presta mucha más atención al robo de una figura política importante que al asesinato de un miembro de una minoría racial sin trabajo y sin educación.

Los problemas comunes en los tribunales generan una discrecionalidad similar para los fiscales y los jueces. En gran medida, el tiempo de los tribunales está racionado por el tiempo de espera, pero los fiscales también pueden decidir qué casos procesar y cuáles negociar, y los jueces pueden decidir qué casos merecen ser considerados y cuáles no. "A menudo se dice, como homenaje a nuestra sociedad, que el nuestro es un gobierno de leyes y no de hombres", observó el juez Neely. "Sin embargo, la decisión sobre... la disposición de cada caso [está] enteramente dentro de la discreción del fiscal en primera instancia y del juez después".⁶

El control podría reducir drásticamente esta discrecionalidad burocrática, pero los incentivos de control son muy débiles. Un votante o contribuyente individual reconoce que tiene relativamente poco que ganar con la supervisión, porque soporta todo el coste de tal esfuerzo pero debe compartir el beneficio con muchos otros. Además, cada individuo tiene incentivos relativamente débiles para cooperar con otros en un esfuerzo conjunto de control, porque si el grupo tiene éxito el individuo puede compartir los beneficios sin soportar ninguno de los costes.

Ineficiencia burocrática. Los productores de los mercados privados ofrecen productos básicos con la esperanza de obtener un beneficio. Dado que el beneficio es la diferencia entre los ingresos y los costes, los que buscan beneficios en el sector privado tienen grandes incentivos para minimizar los costes de producción de la cantidad y la calidad del producto que demandan los consumidores. Sin embargo, los productores del sector público no suelen poder reclamar los beneficios que generan. Si los ingresos (el presupuesto de la oficina procedente del dinero de los impuestos) superan los costes de explotación, el exceso de ingresos se devuelve sencillamente a la tesorería general. Por lo tanto, los incentivos de los gestores de las oficinas para controlar la producción y evitar los costes excesivos pueden ser considerablemente más débiles que los de los empresarios privados. Los gestores de las oficinas pueden obtener satisfacción personal por el poder que ejercen y el prestigio de que goza su cargo. Las oficinas más grandes implican mayor poder y prestigio, por supuesto, y el tamaño relativo de las oficinas suele medirse por los presupuestos relativos. Un verdadero maximizador del presupuesto puede tener incentivos para no minimizar los costes, es decir, para producir de forma ineficiente, con el fin de gastar un presupuesto mayor.

A continuación examinaremos el rendimiento de varias burocracias del sector de la justicia. El énfasis principal estará en si los burócratas responden o no a los incentivos a los que se enfrentan. Consideremos primero la policía pública.

La policía. Tras un extenso estudio sobre el rendimiento de la policía, Lawrence Sherman, director de la Fundación de la Policía, concluyó: "En lugar de vigilar para prevenir el crimen, el patrullaje policial motorizado [es] un proceso de mera espera para responder al crimen".⁷ Sherman observó que el proceso presupuestario recompensa más a los que resuelven con éxito los casos después de que se cometan los delitos que a los que previenen tranquilamente los delitos. Los responsables de la política policial están "preocupados" por las cuestiones de cuántos policías se necesitan y de qué tamaño debe ser el presupuesto policial. Por supuesto, las respuestas a estas preguntas dependen de lo que la policía debe hacer, por lo que la policía presiona para obtener más presupuesto y personal con el fin de reducir el tiempo de respuesta y atrapar a más delincuentes.⁸ Las consideraciones de eficiencia dictarían que el coste adicional de tales recursos se justifica por una mejora del rendimiento de al menos igual valor. ¿Es esta una suposición válida?

Un estudio realizado en 1976 por la Police Foundation y el National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice concluyó que reducir el tiempo de respuesta en segundos o incluso en minutos apenas influye en la detención de un delincuente.⁹ El estudio midió el impacto del tiempo de respuesta de la policía en las posibilidades de interceptar un delito en curso y realizar una detención. La diferencia en la probabilidad era nula cuando se comparaban llegadas de entre dos minutos y veinte minutos. La razón principal es que los ciudadanos tardan tanto en denunciar un delito que el delincuente ha desaparecido mucho antes de que llegue la policía. La víctima media de un delito en el que la víctima y el delincuente se enfrentan tarda cincuenta minutos en llamar a la policía. Sherman concluyó que estos estudios sugieren tres opciones en cuanto a la asignación de recursos al trabajo policial 1) mantener los niveles actuales de policía y el tiempo de respuesta al tiempo que se intenta educar a los ciudadanos para que llamen a la policía con mayor rapidez; 2) reducir drásticamente el número de policías, ya que el tiempo de respuesta actual es innecesariamente rápido; o 3) reasignar los policías existentes para que se empleen en labores de vigilancia sistemática en lugar de esperar a responder.¹⁰ En otras palabras, los efectivos policiales se están asignando de forma ineficiente. Los estudios sobre la policía de servicio han revelado que aproximadamente la mitad del tiempo de un agente se dedica simplemente a esperar a que ocurra algo. Los funcionarios policiales afirman que este tiempo se dedica a patrullar de forma preventiva, pero la observación sistemática ha descubierto que ese tiempo se ocupa en gran medida en conversaciones con otros agentes, en recados personales y en sentarse en coches aparcados en calles laterales. Son pocos los policías que "vigilan" agresivamente cuando no hay llamadas que atender.¹¹ Se lamenta Sherman: "En general, a medida que ha disminuido el nivel de vigilancia para la prevención del delito, ha aumentado el nivel de delincuencia, y también la insatisfacción del público con la policía pública".¹²

El uso ineficaz de la policía va más allá del énfasis inadecuado en el tiempo de respuesta. Por ejemplo, los funcionarios policiales sostienen que los coches patrulla deberían tener dos agentes porque pueden ocuparse más eficazmente de los incidentes delictivos y es menos probable que se les resista o dañe. Sin embargo, un estudio de la Fundación Policial de un año de duración sobre los coches patrulla de uno o dos agentes en San Diego contradice estas afirmaciones. El informe concluyó que "clara e inequívocamente es más eficiente, más seguro y al menos igual de eficaz para la policía dotar a los coches patrulla de un solo agente".¹³ El rendimiento general de la muestra de 22 coches de dos hombres y de la muestra de 22 coches de un solo hombre fue aproximadamente el mismo en términos de llamadas de servicio y actividad iniciada por los agentes. Las principales diferencias fueron que los coches de dos hombres pusieron muchas más multas de tráfico, los coches de un hombre recibieron muchas menos quejas de los ciudadanos y los coches de un hombre fueron mucho más rentables. El coste total anual de las unidades de dos hombres era un 83% mayor que el de las unidades de un solo hombre. Las unidades de un solo hombre solicitaron refuerzos con más frecuencia, pero no lo suficiente como para compensar la diferencia de costes. Además, hubo menos casos de resistencia a la autoridad y agresiones a los agentes en las unidades de un solo hombre que en las de dos.

¿Utilizan los departamentos de policía los coches adecuados? Muchas ciudades siguen utilizando coches grandes para las patrullas policiales a pesar de que se calcula que los costes de funcionamiento se reducen un 33% al año cuando se utilizan coches compactos. Pero los responsables de la policía argumentan que los coches compactos simplemente no son adecuados para el trabajo policial. John Christy, director ejecutivo de la revista Motor Trend, diseñó siete evaluaciones distintas para el Departamento del Sheriff de Los Ángeles en 1977, que incluían el rendimiento a baja y alta velocidad, la facilidad de mantenimiento, la idoneidad de la radio, el ahorro de combustible y la comprobación del factor humano. El vehículo que

obtuvo mejores resultados en general fue un compacto, seguido de dos coches de tamaño intermedio. Las pruebas se diseñaron para garantizar que el vehículo con mayor puntuación fuera "no sólo el más adecuado, sino también el más rentable", según el capitán del Departamento del Sheriff de Los Ángeles, W. F. Kennedy.¹⁴

Abraham Blumberg informó en 1970 que existe un

fetichismo burocrático... para buscar... los casos que pueden ser procesados más fácilmente. A menudo esto se convierte en la principal consideración a la hora de gastar recursos y personal limitados. Como resultado, hemos gastado gran parte de nuestros limitados recursos . . . [para detener] a adictos, alcohólicos, prostitutas, homosexuales, jugadores y otros delincuentes de poca monta, simplemente porque son fáciles de conseguir y producen los datos estadísticos deseados que indican "producción".¹⁵

Las conclusiones de Blumberg refuerzan el argumento de que los indicadores estadísticos de rendimiento son una importante moneda de cambio en los esfuerzos burocráticos por obtener más recursos. Estos indicadores se amplían cuando se detiene a los infractores de las leyes de "delitos sin víctimas" y no a los participantes en delitos violentos. Así, el resultado de la sobrecriminalización de las presiones de los grupos de interés en el contexto del problema de los bienes comunes se ve exacerbado por los incentivos de la policía para hacer cumplir la ley. Y, por supuesto, la sobrecriminalización es un factor importante a la hora de dotar a la policía de la suficiente discrecionalidad para asignar los recursos de la forma indicada por Blumberg.

Las estadísticas de detenciones pueden ser el principal indicador estadístico de la actuación policial, pero no es la única estadística importante que se utiliza para negociar mayores presupuestos policiales. Milakovich y Weis señalaron que la policía tiene un "interés creado" en mantener los índices de criminalidad relativamente altos. Si los índices de criminalidad descienden demasiado, el apoyo a más policías y a mayores presupuestos disminuye; y "como todas las burocracias, difícilmente se puede esperar que los organismos de justicia penal apliquen políticas que disminuyan su importancia."¹⁶ Así, la financiación adicional no tiene por qué conducir a una disminución sustancial de los índices de delincuencia denunciados, ya que los altos índices de delincuencia son claramente un elemento importante en los argumentos a favor de la ampliación de los presupuestos de la justicia penal. Esto refuerza los incentivos a los que se enfrenta la policía porque las estadísticas de detenciones se consideran un indicador de rendimiento. Para mantener los índices de delincuencia y realizar un número creciente de detenciones, por ejemplo, la policía tiene fuertes incentivos para buscar la criminalización de un número cada vez mayor de actividades.

El problema de los bienes comunes y la mano de obra policial. Existe un problema de bienes comunes que surge directamente de la asignación de los servicios policiales y, naturalmente, las administraciones policiales aducen las consecuencias del racionamiento sin precio y el exceso de demanda como justificación de las oficinas más grandes. La policía suele racionar las respuestas de las patrullas en función del orden de llamada, por lo que algunas llamadas no reciben respuesta hasta que es demasiado tarde para hacer algo contra el delito. Los servicios de investigación también deben ser racionados, y la discrecionalidad resultante ha llevado a que muchos delitos (por ejemplo, los robos y otros delitos contra la propiedad) reciban relativamente poca atención. Y se destinan cantidades relativamente grandes de recursos policiales a la búsqueda de detenciones por delitos "más fáciles" de resolver (por ejemplo, prostitución y consumo de drogas).

¿Es probable que aumentar el tamaño de la burocracia policial resuelva estos problemas? Consideremos el impacto del aumento del tamaño del departamento de policía en la ciudad de

Nueva York entre 1940 y 1965. Durante ese periodo de veinticinco años, el número de policías en la ciudad pasó de 16.000 a 24.000, pero el número total de horas trabajadas por todo el cuerpo en realidad disminuyó.¹⁷ El aumento del 50% del personal se vio compensado con creces por la reducción de las horas, la prolongación de las vacaciones, el aumento de los días festivos, el aumento de las bajas por enfermedad pagadas y la prolongación de los periodos de almuerzo. Los contribuyentes de Nueva York no recibieron ningún beneficio del gran aumento de la plantilla policial. Si esto es cierto en otros lugares (y con la creciente sindicalización de la policía, parece serlo), entonces la ampliación de la burocracia policial no parece resolver los problemas del servicio público de policía que surgen del racionamiento sin precio. Esto no es sorprendente. Los problemas comunes rara vez se resuelven con recursos adicionales. De hecho, tales adiciones suelen provocar un aumento de la demanda efectiva, ya que muchos que habrían optado por no utilizar el servicio debido a la congestión deciden buscarlo. Esto quedará más claro después de examinar los problemas del fondo común con los tribunales.

La discreción de los fiscales y la negociación de los cargos. En su detallado examen de la negociación de los cargos, David Jones descubrió que los incentivos de los fiscales están ligados a maximizar el número de criminales condenados.¹⁸ Este comportamiento es ciertamente predecible cuando se considera a los fiscales a la luz de la caracterización que hace Wilson de los "profesionales" de la burocracia.¹⁹ El objetivo dominante de estos profesionales es demostrar su talento jurídico para aumentar su futuro valor de mercado. Por lo tanto, "persiguen vigorosamente" pero de forma selectiva. Según Wilson, estos profesionales deben favorecer los casos sencillos que puedan ser investigados y procesados en poco tiempo para poder maximizar su número de condenas.²⁰ Curiosamente, los delincuentes más fáciles de perseguir no suelen ser los más fáciles de detener. Los delitos sin víctimas desvían los recursos policiales porque generan detenciones fáciles, pero los fiscales desestiman habitualmente estos casos.²¹ Los jueces y los jurados se toman la mayoría de los delitos sin víctimas menos en serio que los asesinatos y los robos. Además, los esfuerzos de la policía por hacer cumplir las leyes de posesión de drogas les llevan a violar las prohibiciones constitucionales contra los registros e incautaciones irrazonables,²² lo que dificulta la obtención de condenas debido a la regla de exclusión. Así pues, la policía tiene incentivos para detener a personas a las que los fiscales no suelen procesar. Aparte de algún efecto disuasorio relativamente menor que pueda tener el acoso policial, los recursos policiales dedicados a estas detenciones se desperdician en gran medida; no van a tener mucho impacto en absoluto en el comportamiento delictivo o en el nivel de actividad delictiva.

Eisenstein descubrió que, dado que el índice de condenas es la principal preocupación de la mayoría de los fiscales, es más importante "no perder que ganar".²³ En consecuencia, muchos fiscales desestiman un caso o negocian, lo que les proporciona un gran número de condenas a un bajo coste en términos de su tiempo y esfuerzo. Por lo general, los delincuentes son condenados por menos cargos o por cargos menores y reciben un castigo más leve, por supuesto, pero las estadísticas de condenas garantizadas lo compensan con creces. Además, debido a la generalización de la negociación de los cargos, el proceso se ha vuelto más fácil, ya que "los casos se tramitan de forma rutinaria y burocrática".²⁴

Un acuerdo de culpabilidad es un intercambio, y cabría esperar que mejorara la eficacia del sistema de justicia penal. De hecho, la negociación de los cargos parece aliviar parte de la presión sobre los sistemas fiscal y judicial derivada de la no asignación de cargos y el consiguiente proceso de racionamiento del tiempo de espera y del retraso judicial. Esta es, de hecho, la justificación típica del uso generalizado de la negociación de los cargos. Pero hay una diferencia significativa entre los objetivos de los que participan en un intercambio de mercado y los que participan en la negociación de los cargos. El delincuente que acepta un acuerdo de culpabilidad gana, ya que su castigo (o quizás los gastos legales) debe ser menor de lo que

espera que sea si su caso va a juicio. Los fiscales ganan, ya que sus estadísticas de condenas aumentan y su carga de trabajo disminuye. Los jueces se benefician, ya que se alivia la presión sobre los tribunales.

Obsérvese que no hay ninguna ventaja para las víctimas de delitos en estos intercambios. Al fin y al cabo, el único beneficio potencial que obtienen las víctimas con el sistema actual podría ser la satisfacción de la venganza, al saber que el autor del delito está siendo castigado por su delito, o que se le impedirá cometer otro delito durante un periodo de tiempo significativo. La negociación de los cargos generalmente conduce a sentencias más cortas y concurrentes. La víctima suele sentirse violada por el sistema de justicia, así como por el delincuente, a causa del perdón negociado de los delitos. Estos intercambios hacen que los burócratas y los delincuentes estén mejor, pero no está claro que mejoren la justicia.

¿Cuánto regatean los fiscales en sus negociaciones? Probablemente dependa de la jurisdicción, pero un estudio realizado en Nueva York reveló que la mayoría de las personas detenidas como delincuentes no son procesadas ni condenadas como tales. Las probabilidades de que una persona detenida por un delito grave sea condenada a prisión son de una entre 108.²⁵ Sin embargo, esta sorprendente cifra representa algo más que la negociación de los cargos. Más del 84 por ciento de los arrestos por delitos graves en Nueva York en 1979 (88.095 de 104.413) fueron simplemente desestimados.²⁶ Los fiscales señalaron la falta de personal y la incapacidad de la policía para conseguir pruebas o listas de testigos. Además, muchos casos se desestiman de forma rutinaria porque las condenas son difíciles de obtener. Además, un estudio de 1971 sobre el sistema de fianzas de la ciudad de Nueva York descubrió que casi un tercio de los acusados de delitos de la ciudad simplemente desaparecían.²⁷ Algunos fueron finalmente recapturados, pero muchos no. Y lo que es más significativo, el 29% de los desaparecidos no estaban en libertad bajo fianza, sino que desaparecieron mientras estaban bajo la custodia del Departamento Correccional de la ciudad. En 1979, de más del 15% de las detenciones por delitos graves (16.318) que dieron lugar a acusaciones, el 56% se declararon culpables de delitos menores, el 16% terminaron con declaraciones de culpabilidad por delitos menores, el 12% fueron desestimados después de la acusación, el 3% dieron lugar a alguna "otra" disposición, y el 13% fueron a juicio. Es significativo que el mayor número de sentencias que no implicaron una pena de prisión se produjo debido a la disposición de los fiscales a permitir que los delincuentes se declararan culpables de cargos menores.²⁸

No está claro que el aumento de la eficiencia en la reducción de los problemas comunes a través de la negociación de los cargos sea significativo. La gran cantidad de casos y los retrasos son las justificaciones más citadas para la "necesidad" de la negociación de los cargos. Sin embargo, Jones descubrió que las tasas de declaración de culpabilidad no están en función del número de casos. De hecho, sostuvo que los fiscales y los jueces han establecido aparentemente una "cuota artificial" sobre la proporción de casos de delitos graves pendientes que pueden llevarse a juicio durante cualquier período de tiempo. La cuota varía según las jurisdicciones, pero suele ser inferior al 10%. Además, estas cuotas se han mantenido en porcentajes prácticamente constantes durante quiza hasta 70 años.²⁹

La negociación de los cargos también se racionaliza con el argumento de que el aumento de los índices de delincuencia hace necesaria esta práctica, pero los datos históricos ponen en duda este argumento. Aunque los índices de criminalidad aumentaron de forma constante durante los últimos treinta años del estudio de Jones, los índices de declaración de culpabilidad se mantuvieron casi constantes durante más de 70 años.³⁰ Por supuesto, los burócratas fiscales y judiciales tienen todos los incentivos para afirmar que la negociación de declaraciones de culpabilidad en su nivel actual (e histórico) es necesaria debido a los mayores índices de

delincuencia y a la carga de casos que gravan los limitados recursos de las burocracias. De este modo, pueden presionar para que se aumenten los presupuestos y añadir influencia a sus otras demandas. Como observó H. H. A. Cooper, la negociación de los cargos es "menos un mal independiente que un síntoma. Más bien forma parte de un conjunto de síntomas de una enfermedad general. No es más que una manifestación, aunque significativa, de un sistema que no funciona correctamente".³¹

Las conclusiones a las que llegaron Jones y otros analistas pueden ser demasiado fuertes. Está claro que la negociación de los cargos es una función de la acumulación de casos en los tribunales, como afirman los jueces y los fiscales, pero no de la manera que ellos afirman. Dado que los que presentan los casos no pagan precios que cubran el coste marginal total de juzgar esos casos, surge el problema de los bienes comunes y se produce la congestión de los tribunales. El precio es un mecanismo de asignación y cuando no se utiliza el precio, otros mecanismos de racionamiento discriminatorio toman el relevo.

Es el problema de la congestión resultante del racionamiento sin precio lo que da a los fiscales y a los jueces el poder discrecional de racionar selectivamente los juicios y los acuerdos de culpabilidad. Esto no niega las conclusiones alcanzadas por Jones y otros: simplemente requiere que se reinterpreten. Las pruebas indican que, aunque la negociación de los cargos se produce debido a la acumulación de casos, el aumento de los recursos asignados a los fiscales y a los tribunales públicos para reducir la acumulación no es probable que afecte a la parte de los casos que se resuelven mediante la negociación de los cargos. El problema de la congestión no desaparecerá, al menos no sin una enorme afluencia de recursos, dado el precio relativamente bajo de los litigios (en relación con los costes). Además, los incentivos burocráticos para la expansión significan que la existencia de retrasos y la negociación de los cargos proporcionan "justificaciones" para mayores presupuestos y oficinas. La adición de más personal nunca ha cambiado la relación entre los casos negociados y los juzgados, como demostró Jones, y no es probable que lo haga en el futuro.

Discreción judicial y racionamiento del tiempo en los tribunales. La demora previa al juicio no se debe exclusivamente al aumento de la delincuencia y de la carga de casos, y las investigaciones sobre los tribunales federales y estatales no han logrado descubrir una relación entre la carga de casos penales y el ritmo de los litigios.³² Church, et al. encontraron muy poca relación entre el tiempo de tramitación y el número de expedientes de delitos graves por juez o el número de delitos graves pendientes por juez. Llegaron a la conclusión de que tanto la velocidad como el retraso están determinados en gran medida por "las expectativas establecidas, la práctica y las reglas informales de comportamiento de jueces y abogados."³³ En otras palabras, al igual que la negociación de los cargos, la demora previa al juicio es un dispositivo de racionamiento que se controla en gran medida a discreción de los burócratas del sistema de justicia penal. De hecho, "todas las propuestas de reforma que se basan en la suposición de que la ampliación del personal, la racionalización de los procedimientos o el aumento del número de tribunales curarán los problemas de los tribunales son ingenuas y están condenadas al fracaso".³⁴ En el sistema actual, en el que predomina el racionamiento por espera, muchos individuos optan por no acudir a los tribunales porque los costes de tiempo son demasiado elevados. Una implicación del racionamiento por espera es que "las personas que pueden permitirse hacer la cola más larga no son necesariamente las que tienen la necesidad más urgente de litigar."³⁵ De hecho, los que tienen el valor más bajo del tiempo son los más propensos a esperar. Acortar la espera aumentando los recursos judiciales hará que vuelvan al sistema judicial algunas personas que habrían optado por no hacerlo, y la espera volverá rápidamente a ser la que había antes de que se añadieran los recursos.

Por ejemplo, el juez Neely describió un circuito rural de cuatro condados en Virginia Occidental que era atendido por un solo juez antes de 1976. Durante su último año en el cargo se presentaron aproximadamente 1.600 casos. Tras su jubilación, la legislatura añadió un segundo juez al circuito. En 1979, los casos presentados habían aumentado a 2.400, a pesar de que no había habido ningún cambio significativo en la población o la economía de la zona. Neely concluyó: "Fue simplemente la perspectiva de que los casos se oyeran rápidamente y se resolvieran convenientemente (ya que había más sesiones cada año en cada condado) lo que alentó el mayor número de presentaciones. Dado que la conflictividad humana es casi ilimitada, deduzco de mi experiencia que, dado el sistema actual, que fomenta los litigios, el volumen de trabajo siempre presionará contra la capacidad de cualquier maquinaria judicial existente para hacer el trabajo."³⁶ Cuando los precios no sirven para equiparar la cantidad demandada y la ofertada, se produce un exceso de demanda. Sin embargo, todos los mercados acaban despejándose porque surgen sistemas de racionamiento alternativos. En el caso del racionamiento por espera, el coste del tiempo de espera hace que los potenciales litigantes opten por llegar a un acuerdo sin juicio. La oferta de tiempo judicial adicional no llevará a la satisfacción de todo el exceso de demanda a menos que la expansión del sistema judicial sea tan sustancial que la cantidad demandada sea igual a la cantidad ofrecida a un precio cero. En ausencia de una tremenda afluencia de recursos, es probable que la demora de los tribunales se mantenga más o menos como está, reflejando la voluntad de un gran número de personas de esperar aproximadamente el tiempo que ahora esperan para litigar. "Incluso si cada juez del sistema trabajara catorce horas al día, seis días a la semana, y se duplicara el presupuesto para los servicios de apoyo, los tribunales seguirían sin funcionar significativamente mejor que ahora".³⁷

No cabe duda de que los niveles de negociación de los cargos y los retrasos de los tribunales son, al menos en parte, función de los incentivos que surgen en las instituciones burocráticas del sistema de justicia penal. Estos mecanismos de racionamiento benefician a los burócratas al proporcionar argumentos para ampliar los presupuestos y recursos burocráticos y, en el caso de la negociación de los cargos, proporcionan un medio para generar estadísticas de condenas sin el peligro de sufrir pérdidas cuando los casos llegan a juicio. Los recursos de la justicia penal deben ser racionados, por supuesto, porque no se asignan mediante un mecanismo de precios y voluntad de pago. Sin estos mecanismos de racionamiento, la congestión y el retraso serían aún mayores. Por lo tanto, a menudo parecen ser deseables. Pero, como veremos en los capítulos 9 a 13, se podría optar por otras técnicas.

Los jueces y fiscales tienen otros incentivos similares a los que tiene la policía. La policía puede preferir que los índices de criminalidad no disminuyan demasiado, por ejemplo, por temor a perder apoyo y presupuesto. Del mismo modo, los jueces y fiscales pueden temer que se produzcan descensos sustanciales en los retrasos. En el condado de Cook, Illinois, durante la década de 1970, por ejemplo, se amplió el sistema de tribunales penales y la fiscalía comenzó a acusar a las personas por robo con allanamiento de morada y robo de automóviles, delitos que anteriormente se habían negociado.³⁸ La congestión de los tribunales se mantuvo, pero la composición de los casos cambió significativamente. Una de las implicaciones de este ejemplo es que los fiscales tienen una considerable discreción sobre la asignación del tiempo de los tribunales y la disposición de los casos debido al tremendo exceso de demanda de las fuerzas del orden.

Los jueces suelen determinar qué casos serán atendidos y cuáles serán desestimados. Indican rápidamente qué tipo de casos atraerán su atención, y esos son los que los abogados persiguen.³⁹ El principal criterio para permitir que un caso llegue a juicio, según un observador, es que los jueces "racionan la justicia dando la espalda a las demandas y defensas comparativamente más débiles que requieren más tiempo judicial para resolverlas de forma

justa. Al desestimar estas demandas y defensas "más débiles", el juez sobrecargado de trabajo se deshace de estos asuntos que consumen tiempo y pasa a los casos más fuertes (es decir, más fáciles), donde las demandas o defensas son más obvias y convincentes".⁴⁰ De esta manera, los jueces pueden considerar más casos, por supuesto, y tener más tiempo libre. Esto puede sonar a eficiencia, pero hay que tener en cuenta que un argumento presentado como justificación de la provisión pública de tribunales es que los tribunales privados no producirán suficientes precedentes porque tienen un carácter de "bien público".⁴¹ Si los jueces optan por considerar los casos fáciles como dictan sus incentivos -es decir, los casos obvios dada la ley y los precedentes existentes- mientras que descartan los casos que van a ser difíciles o que requieren mucho tiempo, entonces es probable que los tribunales públicos produzcan menos precedentes tanto si los tribunales privados lo hacen como si no. Los casos difíciles son los que probablemente requieran decisiones que sienten precedentes.

Si los jueces tienen los mismos incentivos que los fiscales y la policía, entonces la motivación para elegir los casos fáciles y evitar los difíciles, que consumen mucho tiempo, podría ser aumentar alguna medida estadística de rendimiento. Pero no está en absoluto claro que ésta sea la única, o incluso la principal, razón de tal comportamiento. En este caso, puede parecer que la burocracia judicial difiere de la policía y la fiscalía. Pero hay que recordar que la policía se basa en algo más que en las estadísticas de detenciones para justificar sus presupuestos; los altos índices de criminalidad son también una indicación de una mayor necesidad de servicios policiales. En el caso de los jueces, el tremendo exceso de demanda de sus servicios puede ser un argumento más poderoso para un presupuesto ampliado que una medida estadística de producción. En estas circunstancias, puede ser deseable la indicación de algún nivel "adecuado" de producción dadas las expectativas basadas en el rendimiento histórico, pero la producción más allá de ese nivel podría implicar una menor necesidad de recursos adicionales. Por lo tanto, "dado que los jueces pueden culpar del fracaso del sistema judicial a otros -a la falta de consenso de la sociedad o a la parsimonia de la sociedad en la financiación de los servicios de apoyo-, no existe un sentimiento de responsabilidad evadida por parte del poder judicial". Esta es una actitud conveniente; una sensación de insuficiencia sugeriría una gran cantidad de trabajo muy duro".⁴²

¿Responden realmente los jueces a los incentivos a los que se enfrentan y utilizan su control discrecional del tiempo de los tribunales para trabajar menos? Hay al menos algunas pruebas de que lo hacen. Según el juez Neely, cuando se eliminó el sistema de honorarios de los jueces de paz de los condados en Virginia Occidental y se sustituyó por salarios, el número de audiencias diarias de las que se ocupaba cada juez se redujo drásticamente, la calidad del papeleo de los tribunales se deterioró y los expedientes de los tribunales menores se llenaron.⁴³ Cuando los jueces de paz eran pagados por caso, tenían incentivos para deshacerse de los casos rápidamente para dar paso a más casos. Los jueces de paz también cometían menos errores en el papeleo que los acompañaba, presumiblemente para evitar dedicar más tiempo al caso.

Discreción burocrática y racionamiento de las prisiones. El aspecto de la sobrecriminalización del problema de los comunes para la legislación se manifiesta de muchas maneras. Se ha hecho hincapié en el exceso de demanda de servicios policiales y judiciales, pero también hay un enorme exceso de demanda de espacio en las prisiones. Así, una de las principales limitaciones de las sentencias es la escasez de espacio en los centros penitenciarios.⁴⁴ El problema común de las prisiones significa que hay que racionar el espacio limitado, por lo que la discrecionalidad judicial se extiende a la imposición de penas. Como consecuencia, "la cantidad de variación en las sentencias que existe y que no está relacionada con los hechos aparentes del caso o la naturaleza del acusado es sustancial".⁴⁵ Un estudio realizado en 1977 reveló que la condena media por robo en Baltimore era de 56,5 meses, mientras que la media en

Chicago era de 25,1 meses.⁴⁶ No está claro si estas diferencias pueden explicarse en términos de diferencias en el hacinamiento de las prisiones, pero esa no es la cuestión. El problema de los bienes comunes significa que es necesario racionar las prisiones, y un mecanismo de racionamiento es la discreción judicial a la hora de dictar sentencia.

Otro medio obvio de racionar el espacio de las prisiones es la negociación de los cargos, que genera penas menores que las que pueden esperar los delincuentes culpables si deciden ir a juicio. La demanda potencial del sistema penitenciario también se reduce cuando los fiscales deciden desestimar los casos en lugar de presentar cargos.

Otros dispositivos de racionamiento también desempeñan un papel importante en la asignación del limitado espacio penitenciario. Las juntas de libertad condicional, por ejemplo, tienen una considerable discrecionalidad a la hora de determinar qué parte de la condena se cumple realmente, tanto si la sentencia procede de la negociación de los cargos como de un juez de primera instancia. El tiempo de espera es importante en muchas jurisdicciones, ya que los delincuentes condenados a prisiones estatales se encuentran en las cárceles de los condados haciendo cola para obtener el limitado espacio penitenciario. Todos estos mecanismos de racionamiento son aparentemente inadecuados. En 1983, 41 estados y el Distrito de Columbia se encontraban bajo orden de los tribunales federales para aliviar los problemas o en litigio como consecuencia del trato inhumano a los presos, derivado en gran medida del hacinamiento en las cárceles.⁴⁷

Algunos podrían argumentar que la negociación de los cargos y la discrecionalidad judicial de las sentencias son necesarias porque debe producirse un racionamiento de las prisiones, pero hay otras opciones. Con el sistema actual, una prisión abarrotada puede incluir a varios "delincuentes" condenados por delitos sin víctimas, lo que obliga a los jueces o fiscales a negociar los cargos o limitar la condena de los delincuentes más graves. O tal vez una cárcel de la ciudad o del condado, relativamente insegura, se vea obligada a retener a un condenado por delitos violentos porque a un consumidor de marihuana se le ha asignado un espacio en la prisión estatal, relativamente segura. En este sentido, tal vez los delincuentes no violentos o no reincidentes podrían ser multados o puestos en proyectos de trabajo supervisado mientras que los delincuentes violentos o reincidentes son puestos en prisión. O la restitución podría ser una alternativa a la prisión. La cuestión es que cuando hay un exceso de demanda debe haber algún medio de racionamiento. El número potencial de mecanismos de racionamiento suele ser bastante grande. En el caso del racionamiento de los recursos policiales del sector público, las técnicas de racionamiento que observamos reflejan las demandas de los grupos de interés y los incentivos de los burócratas públicos. Pero no son necesariamente las únicas opciones disponibles ni las más eficientes.

Los requisitos políticos de la discreción burocrática. La discreción judicial (así como la fiscalía y la policía) es un componente inevitable y necesario de un gobierno dominado por la política de los grupos de interés. Los jueces deben ser libres de discriminar entre los casos potenciales para su consideración por parte de los tribunales congestionados con el fin de favorecer a los grupos de presión que han apoyado al juez. Un grupo de interés compite para que se nombren jueces que ocupen puestos que favorezcan las posiciones de ese grupo. Entonces, debido a la discrecionalidad judicial, se deduce que "gran parte del derecho refleja realmente los juicios políticos y las pasiones emocionales de los jueces".⁴⁸

A estas alturas debería estar claro que el mal funcionamiento de los tribunales y de la policía es el resultado de complejas causas políticas y no simplemente de los síntomas observados de esas causas, una aparente escasez de personal y de financiación.⁴⁹ La naturaleza política del sistema judicial se manifiesta de muchas maneras. Por ejemplo, tanto los investigadores académi-

-cos como la prensa se quejan con frecuencia de los esfuerzos burocráticos por proteger el funcionamiento interno del sistema del escrutinio exterior. Esto también tiene como origen el carácter político del proceso de la ley y el orden.

Secretismo burocrático.

Tal vez la conclusión más importante del análisis teórico del gobierno de los grupos de interés y de la actuación burocrática sea que las políticas gubernamentales representan el interés privado de los grupos de presión políticamente activos y no el interés público. Esto implica que los políticos y los burócratas no quieren que sus políticas y procedimientos sean fácilmente comprensibles para el público en general.⁵⁰ Varios estudios sobre las burocracias de la justicia penal han descubierto que el secreto burocrático es algo habitual. Alan Bent descubrió que "la policía ha practicado durante mucho tiempo el secreto burocrático para exacerbar las relaciones con la comunidad. . . . Fiel a la práctica burocrática de mantener barreras entre ella y el público, los funcionarios de policía se han resistido a las investigaciones de sus asuntos internos y a los intentos de imponer controles sobre sus actividades."⁵¹ De manera similar, Eisenstein informó que el secreto y el resentimiento hacia la interferencia externa generalmente prevalecen en el funcionamiento de los tribunales, donde la mayor parte del trabajo real ocurre en privado.⁵² Gran parte de lo que el público ve es poco más que una ceremonia que culmina las negociaciones privadas.

Este secreto tiene algunos propósitos "legítimos" dentro del marco institucional de este mercado político. Para cumplir con éxito la función de aplicación de la ley según el mandato del proceso político, deben tomarse algunas medidas que no contarán con la aprobación de todos los ciudadanos.⁵³ Por ejemplo, un fiscal reconoce que un testigo legítimamente honesto no se manejará bien en el estrado, arriesgando así la absolución de un criminal culpable. Por lo tanto, el fiscal decide negociar, lo que muchos ciudadanos podrían considerar insatisfactorio. Sin embargo, si el motivo se hiciera público, el delincuente podría negarse a negociar. En este caso, el secreto del fiscal es una parte necesaria de su trabajo, del mismo modo que un abogado en un caso civil estaría justificado si llegara a un acuerdo extrajudicial en lugar de arriesgarse a perder por la mala conducta de su cliente. Del mismo modo, la policía debe proteger la identidad de los agentes encubiertos y los informantes para poder realizar detenciones legítimas.

Pero el secreto burocrático hace mucho más que servir a las acciones "legítimas". También dificulta que los miembros de grupos no interesados descubran lo que hacen los burócratas y "quién recibe qué" del gobierno. Además, el secreto burocrático es un intento evidente de limitar la eficacia de la supervisión y el control legislativos de la producción de las oficinas. Esto es de esperar a la luz de la predicción de que las oficinas de ejecución suelen desear un nivel de aplicación más alto que el políticamente óptimo.

Una de las razones del secretismo burocrático es el incentivo de la policía para "resolver" los delitos que pueden procesarse más fácilmente.⁵⁴ De hecho, "los organismos encargados de la aplicación de la ley han aplicado el principio de "negligencia benigna" a ciertos tipos de delitos que van desde la extorsión de adolescentes a niños pequeños, hasta el robo de bicicletas y otros bienes, e incluso el allanamiento de morada".⁵⁵ Muchos departamentos de policía tienden a ignorar los delitos contra la propiedad, ya que concentran sus recursos en casos más fáciles o en delitos más visibles que los medios de comunicación y los grupos de interés suelen exigir que se resuelvan. Sin embargo, es evidente que éste es un aspecto del funcionamiento del sistema de justicia penal que los burócratas preferirían mantener en silencio, sobre todo si las leyes que deciden aplicar con relativo vigor pueden atribuirse a la presión política ejercida originalmente por los mismos burócratas que actúan como grupos de interés.

Mejorando la actuación burocrática

La presentación teórica de la producción burocrática sugiere una forma de mejorar el desempeño burocrático: la competencia por las oficinas de aplicación de la ley. Los legisladores han utilizado generosamente este dispositivo de control en un esfuerzo por forzar una producción políticamente eficiente en el sistema. Por ejemplo, Frederick Kaiser informó de que en 1980 más de 110 agencias federales competían en jurisdicciones de policía, investigación y aplicación de la ley que se solapaban.⁵⁶ Además, por supuesto, prácticamente cada jurisdicción política tiene sus propias burocracias policiales y judiciales. Con el gran número de burocracias en competencia, podríamos predecir que el sistema debería funcionar de forma razonablemente eficiente. Pero hay que hacer tres observaciones.

En primer lugar, aunque los organismos encargados de la aplicación de la ley produzcan de forma eficiente, producen resultados que satisfacen los deseos de intereses especiales y no el interés público. El propósito del gobierno es, en general, la transferencia coercitiva de los derechos de propiedad, por lo que cabe esperar el descontento de la población general no organizada que pierde en el proceso de transferencia.

En segundo lugar, la creación de más organismos burocráticos tiene un efecto en el proceso de oferta y demanda política. También aumenta el número o el tamaño de los grupos de interés burocráticos del sector público. Así, la demanda de más criminalización será más fuerte, y los grupos de interés no gubernamentales tendrán relativamente menos poder. Esto nos lleva a otro problema con la expansión de la aplicación de la ley en el sector público. Los burócratas se convierten en grupos de interés tan poderosos que muchas leyes parecen estar diseñadas principalmente para aumentar su poder y tamaño en lugar de para proteger a las posibles víctimas de la delincuencia. La actividad gubernamental en la aplicación de la ley, por tanto, sirve cada vez menos al sector privado, incluidos los grupos de interés del sector privado. En consecuencia, dichos grupos de interés estarán descontentos y seguirán presionando.

En tercer lugar, incluso si el producto producido por los organismos encargados de hacer cumplir la ley se produjera de forma eficiente en el sentido de minimizar el coste de producción, el producto real producido se elegirá de forma ineficiente debido al problema de los bienes comunes. Las personas que no pagan una cuota de usuario obtienen unos servicios policiales y judiciales que generan unos beneficios personales de menor valor que los que podrían generar otros usuarios que esperan o renuncian a los servicios debido a la congestión.

Cuando estos tres puntos se suman al hecho innegable de la ineficacia burocrática, uno no puede sino simpatizar con la conclusión de Smith: "Ante hechos como éste, el observador se aleja con disgusto y muy probablemente con la convicción de que ningún sistema policial puede acercarse remotamente a sus objetivos".⁵⁷

Las víctimas del crimen y el Derecho autoritario

Hasta ahora, se ha ignorado casi por completo un componente importante del panorama de la delincuencia: las víctimas. ¿Por qué? Sencillamente porque han sido ignoradas casi por completo por el politizado sistema de justicia penal. "En la América contemporánea", informa McDonald, "el bienestar de la víctima y el trato justo no son la preocupación del sistema de justicia penal ni de ninguna otra institución. La víctima tiene que valerse por sí misma en todo momento".⁵⁸ Esto contrasta fuertemente con la preocupación histórica del sistema judicial por obtener una restitución para las víctimas. Y debido a los incentivos que surgen con la restitución, las víctimas perseguían y procesaban de buen grado a los delincuentes. Pero la politización del

crimen ha llevado a que el papel y la preocupación por las víctimas sean cada vez menores. Analicemos los efectos que ha tenido la eliminación de la consideración de las víctimas tanto en las víctimas como en la aplicación de la ley.

Tratamiento burocrático de las víctimas. Consideremos primero cómo los incentivos a los que se enfrentan los burócratas (y a los que aparentemente responden) afectan a la victimización. La policía, que tiene incentivos para esperar y responder en lugar de vigilar para prevenir, en efecto crea víctimas. Cuando las estadísticas de detenciones son importantes, entonces hay que crear víctimas de delitos. Además, "el interés del sistema de justicia penal en la víctima es sólo como un medio para un fin, no como un fin en sí mismo. La víctima es una prueba. La policía quiere conocer "sólo los hechos".⁵⁹

Del mismo modo, la relativa facilidad para realizar detenciones en casos de delitos sin víctimas tiende a desviar los recursos policiales del control de los delitos que tienen víctimas. Como los delitos con víctimas reciben relativamente menos atención de la que recibirían con una menor criminalización, se resuelven y disuaden menos de estos delitos y hay más víctimas. No es de extrañar que los ciudadanos estén cada vez más insatisfechos con el proceso de control de la delincuencia pública y que recurran cada vez más al sector privado para la prevención de la delincuencia. Pero la víctima también está en desventaja en este caso. En su papel de grupo de interés, la policía ha planteado sistemáticamente una fuerte oposición a muchos esfuerzos privados de prevención de la delincuencia. Así, una víctima que toma una iniciativa de autoprotección se enfrenta a importantes riesgos de violar la ley. Y, por supuesto, "cuando las medidas de autoprotección de una víctima le llevan a violar la ley, no es una defensa decir que la protección policial era inadecuada".⁶⁰

Las estadísticas de condenas son de interés primordial para los fiscales, por lo que el papel que desempeñan las víctimas en el enjuiciamiento se concibe generalmente en términos de su función como testigos.⁶¹ Si la víctima puede parecer poco convincente o antipática, si ha "hecho algo estúpido" y parece merecer lo que le ha pasado, o si tiene antecedentes penales, el fiscal desestimaré el caso o negociará para generar una condena o evitar una pérdida. Esta tendencia tiene una implicación perversa. Las personas con menos ingresos son víctimas de un número desproporcionado de delitos, pero también es más probable que tengan ellos mismos antecedentes penales y que sean testigos menos elocuentes. "Por tanto, es más probable que estos casos sean regalados por los fiscales que los de las víctimas con mayores ingresos".⁶² Irónicamente, por supuesto, una de las justificaciones retóricas de la acusación pública es garantizar que las víctimas pobres reciban la misma justicia que las víctimas ricas podrían adquirir si todavía existiera la acusación privada. En cambio, ha ocurrido lo contrario. Bajo la acusación privada, las víctimas ricas y pobres actuaban ellas mismas como fiscales y, por lo general, estaban en relativa igualdad de condiciones.

Las características y aspiraciones de los abogados de la fiscalía también afectan a las víctimas. Recordemos que muchos abogados utilizan la fiscalía como trampolín para acceder a cargos políticos más altos o a despachos de abogados privados, por lo que la rotación entre los fiscales adjuntos es muy alta y la fiscalía suele estar formada por abogados jóvenes y relativamente inexpertos. Esto "significa que los fiscales deben utilizar una organización de cadena de montaje para su trabajo. . . . [Los distintos fiscales se sitúan en las distintas fases del proceso y se encargan de todos los casos que llegan a la fase de tramitación. . . . [Esto significa que la víctima, que puede haber explicado su caso a varios agentes de policía diferentes, tiene que volver a contarle a cada nuevo fiscal".⁶³

El coste que supone para las víctimas cooperar con los fiscales puede ser asombroso. Además de la pérdida inicial para el delincuente, las víctimas tienen que hacer frente a los costes de transporte, cuidado de niños y aparcamiento. Y lo que es más importante, pueden perder

salarios y soportar retrasos y aplazamientos aparentemente interminables. También son considerables los costes emocionales y psicológicos de tener que enfrentarse a un agresor, por ejemplo, o soportar las preguntas de un abogado defensor.

¿Por qué elegiría una víctima asumir esos costes adicionales más allá de la pérdida original debida al delito? En el caso de los delitos contra la propiedad, quizás esperan recuperar parte de lo que han perdido. En el caso de los delitos contra las personas, la esperanza puede ser que el delincuente sea encarcelado para que no pueda atacar a otra persona. Pero la parte de los delitos denunciados que finalmente se resuelven con una detención es sólo de un 20% y está disminuyendo (véase el cuadro 6.4). Y lo que es más significativo, sólo una pequeña parte de las detenciones se traduce en condenas. En el condado de Alameda, California, por ejemplo, en 1973 se denunciaron a la policía 98.218 delitos graves.⁶⁴ La policía arrestó a 13.695 adultos y 6.798 jóvenes ese año, pero 2.377 de los 13.695 adultos fueron puestos en libertad por falta de pruebas, y se presentaron denuncias por delitos menores contra 1.315 de ellos. De las 10.043 denuncias por delitos graves presentadas, la fiscalía consideró que sólo 4.946 tenían pruebas suficientes para justificar su tramitación. El tribunal municipal desestimó o procesó como delitos menores a 2.714 de los 4.946; 2.232 fueron enviados al tribunal superior para juicios por delitos graves, y 1.656 de ellos fueron condenados por delitos graves. Esto significa que el 1,7 por ciento de todos los delitos denunciados y quizás el 0,8 por ciento de todos los delitos reales (porque al menos la mitad no se denuncian) acabaron en condenas por delitos graves. Y esto ignora el hecho de que muchas de esas condenas por delitos graves pueden haberse logrado a través de la negociación de los cargos para que el castigo sea por un delito menor del que se cometió.

TABLA 6.4 PORCENTAJE DE ARRESTOS EN DELITOS DENUNCIADOS

Año	Total delitos	Crímenes con Violencia	Asesinatos con Violencia	Violaciones	Robos	Atracos a mano armada
1980						
1975	19,2	43,6	72,3	48,8	23,8	58,7
1970	21,0	43,7	78,3	51,3	27,0	63,5
1965	21,0	47,6	86,5	56,4	29,1	64,9
1960	24,6		90,5	64,0	37,6	72,9
1955	26,1		92,3	72,5	38,5	75,8
1950			92,7	78,6	42,8	77,4
			93,8	80,3	43,5	76,6

FUENTE: Departamento de Justicia de EE.UU., Uniform Crime Reports, Federal Bureau of Investigation, para varios años.

*Los valores del Índice de Crimen Agregado no fueron reportados para 1950 y 1955.

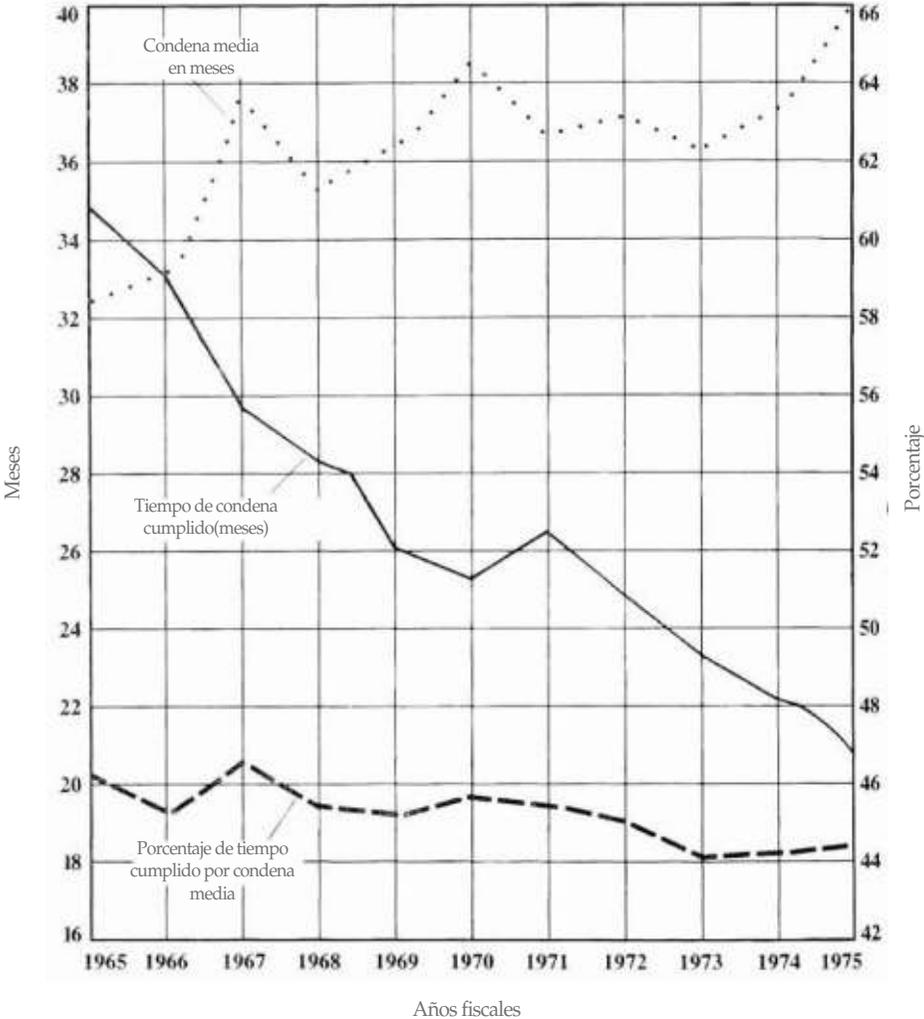
**El Índice Agregado de Delitos Violentos no fue reportado para 1950, 1955, 1960 y 1965.

Pero la historia no termina aquí. Sólo 329 de los 1.656 condenados por delitos graves fueron realmente a la cárcel, unos pocos fueron a instituciones mentales estatales o a instalaciones de la autoridad juvenil, y 1.172 fueron condenados a penas de cárcel locales. De esos 1.172, aproximadamente la mitad fueron a la cárcel por menos de un año y se les concedió la libertad condicional, 62 fueron condenados directamente a la cárcel, 3 pagaron multas, y aproximadamente la mitad recibieron sólo la libertad condicional. Este tipo de cifras no son atípicas. Un estudio realizado en 1977 reveló que menos del 30% de las detenciones por delitos graves en Washington, D.C., dieron lugar a algún tipo de condena.⁶⁵

En el ámbito federal, la duración de las condenas ha aumentado, pero el tiempo real de cumplimiento ha disminuido (véase la figura 6.1). Un estudio de 1973 sobre los delitos contra la propiedad estimó que la probabilidad de que un ladrón adulto sea enviado a prisión por un solo delito es de 0,0024; el riesgo para un menor era de 0,0015. Además, si un adulto era enviado a prisión, pasaba una media de sólo 26,8 meses; los menores eran internados una media de unos nueve meses.⁶⁶ Cualquier esperanza de que cooperar con la policía y los fiscales proteja a la

víctima o a otras personas del mismo delincuente es falsa. Más del 70% de los delincuentes liberados de la cárcel vuelven a ser detenidos por cometer otro delito.⁶⁷ La principal razón para la cooperación de las víctimas parece ser la satisfacción potencial de saber que el delincuente que violó la persona o la propiedad de la víctima está siendo castigado. Como explicó Wilson, hay pocos beneficios que compensen el coste de cooperar en la persecución, excepto el deseo de venganza, ya que a menudo no se recuperan los bienes robados, no se restablece la pérdida de dinero y, por lo general, no hay compensación por las lesiones.⁶⁸

TABLA 6.4 SENTENCIA MEDIA Y TIEMPO CUMPLIDO EN PRIMERAS CONDENAS EN PRISIONES FEDERALES, 1965-1975



FUENTE: Departamento de Justicia de Estados Unidos, Sourcebook of Criminal Justice Statistics, Bureau of Justice Statistics, 1976.

Supongamos que la cooperación de la víctima tiene éxito y el delincuente es detenido y condenado. También en este caso, el sistema de justicia penal muestra poca consideración por la víctima. La opinión de la víctima sobre la sentencia no se representa ante el juez, aunque "el abogado de la defensa podrá apelar al juez, suplicar clemencia, tratar de influir en las emociones de los jueces y relatar con patéticos detalles la trágica infancia de su cliente". Sin embargo, las recientes demandas políticas para que la víctima esté representada en la sentencia han sido respondidas con el argumento de que sería "impropio, porque la víctima jugaría con las emociones del juez".⁶⁹

Debe quedar claro que la típica víctima de un delito tiene poco que ganar al participar en el sistema de justicia penal. "Si acaso, la víctima es explotada por los funcionarios de la justicia penal y los abogados defensores para servir a sus intereses personales y organizativos".⁷⁰ Pero las víctimas no se han limitado a ignorar estos abusos. Muchas han optado simplemente por no participar en el proceso de enjuiciamiento, y otras han comenzado a organizarse políticamente y a ejercer presión para que se produzcan cambios en el sistema de justicia penal.

Víctimas que optan por no denunciar. Se calcula que aproximadamente la mitad de los delitos del Índice del FBI no se denuncian a la policía.⁷¹ El Informe Figgie estimó que el 60 por ciento de los casos de hurto personal en los que no hay contacto entre el ladrón y su víctima no se denuncian y que menos de la mitad de todas las agresiones, menos del 60 por ciento de todos los robos en domicilios, menos del 30 por ciento de los hurtos en domicilios y sólo un poco más de la mitad de todos los robos y violaciones se denuncian.⁷² El hecho de no denunciar es una reacción natural al elevado coste que supone la implicación de las víctimas en el sistema de justicia penal, una reacción que ha sido habitual desde el inicio del derecho penal. La evitación de costes adicionales que superan la satisfacción personal de ver castigado al delincuente no es la única razón para no denunciar los delitos. El informe del Departamento de Justicia de EE.UU. sobre la victimización de la delincuencia en 1979 descubrió que en aproximadamente el 10% de los delitos no denunciados las víctimas creían que la policía "no quería ser molestada".⁷³ Esta creencia está probablemente justificada dado que muchas denuncias de delitos reciben poca o ninguna atención por parte de los departamentos de policía que se enfrentan a los problemas habituales de la piscina. El miedo a las represalias es otro factor, pero también refleja la percepción de las víctimas de que el sistema de justicia penal está fallando.⁷⁴

El papel de la víctima en el proceso de control de la delincuencia proporcionado por el Estado y su posterior tratamiento dentro de ese proceso desincentivan considerablemente su denuncia de los delitos o su cooperación en la persecución de los delincuentes. Muchas víctimas responden a esos incentivos optando por no hacerlo, lo que claramente reduce la eficacia del sector público en la consecución de la justicia penal. Al fin y al cabo, "en la medida en que haya menos participación de las víctimas de la que habría si se dispusiera de otro tipo de recursos - como la restitución-, se denunciarán menos delitos, se perseguirá con éxito a menos delincuentes y habrá más conductas violatorias de los derechos".⁷⁵

Acciones políticas de las víctimas organizadas. La segunda respuesta de las víctimas ha sido organizarse. En los últimos años se han formado varios grupos de presión orientados a las víctimas, como Padres de Niños Asesinados (POMC) y Madres contra Conductores Ebrios (MADD). Estos grupos "expresan su enfado y frustración ante los jueces que dictan sentencias indulgentes, ante las juntas de libertad condicional que liberan a los delincuentes violentos para que cometan nuevos estragos, ante los fiscales que negocian los delitos graves hasta reducirlos a cargos menores y ante las leyes que permiten que los culpables queden libres por caprichos legales o pequeños errores policiales".⁷⁶ Exigen leyes de condena más duras, compensación para las víctimas, el derecho de las víctimas a testificar antes de la sentencia sobre el efecto del crimen

en sus vidas, y muchas otras reformas. Por ejemplo, el comité Stephanie Roper (que lleva el nombre de una estudiante del Maryland College que fue violada, golpeada, disparada, incendiada y parcialmente desmembrada por dos hombres que fueron condenados a cadena perpetua pero que podrían optar a la libertad condicional tras menos de 12 años), con unos 11.500 miembros y 92.000 firmas en peticiones persuadieron a la legislatura de Maryland para que exigiera un mínimo de 20 años de prisión antes de que se pudiera considerar la libertad condicional en un delito capital, para que se eliminaran las drogas y el alcohol como circunstancias atenuantes en los actos violentos, y para que se exigiera que se proporcionara a los jueces una declaración escrita sobre el impacto de la víctima antes de la sentencia.⁷⁷ También han presionado para que se dé a los jueces la opción de imponer penas de cadena perpetua sin libertad condicional y para que las víctimas testifiquen en persona antes de la sentencia, así como para que se notifique a las víctimas y a sus familias antes de que el delincuente quede en libertad condicional.

La Liga de la Sociedad contra la Molestación (S.L.A.M.) se organizó en California tras la tortura sexual y el asesinato de un niño de dos años a manos de un pedófilo con un historial de 20 años de abusos sexuales violentos. Los esfuerzos iniciales de S.L.A.M. en Sacramento fueron ineficaces, pero volvieron al año siguiente con 500 personas y 60.000 firmas en una petición.⁷⁸ El resultado fue una serie de nuevas leyes, como las penas de prisión obligatorias para los abusadores reincidentes o los primeros delincuentes violentos, la eliminación del programa de tratamiento hospitalario que liberó al asesino cuyo crimen llevó a la formación del grupo, y el acceso por parte de las organizaciones a los antecedentes penales de cualquier persona que busque un trabajo que le ponga en contacto directo con niños. En 1989, S.L.A.M. contaba con 75 delegaciones en 43 estados, que presionan para conseguir cambios legislativos, hacen un seguimiento activo de los casos judiciales y ofrecen asesoramiento a las víctimas e información a los padres. California estableció un programa de asistencia a las víctimas en 1965 y en 1986 treinta y siete estados y el Distrito de Columbia habían seguido su ejemplo (la mayoría desde 1979).⁷⁹ La Organización Nacional de Asistencia a las Víctimas coordina ahora los esfuerzos de presión de unos 25 grupos en Washington, D.C.⁸⁰

Es importante recordar que esta legislación de reforma suele reflejar un compromiso entre posibles intereses en conflicto y a menudo está diseñada para lograr los objetivos de interés propio de un grupo que no se beneficia obviamente de la ley. Consideremos la compensación pública para las víctimas de delitos, una parte integral de los programas de ayuda a las víctimas de varios estados. El Colegio de Abogados de Estados Unidos ha perseguido activamente un programa de este tipo, incluso a nivel federal. ¿Por qué? La mayoría de los proyectos de ley federales, tal y como se proponen, incluyen el pago del abogado de la víctima por parte de la junta de compensación, tanto si la reclamación de la víctima tiene éxito como si no.⁸¹ Del mismo modo, varios programas estatales de compensación a las víctimas imponen una tarifa legal del 15 por ciento de la indemnización a la víctima, lo que produjo suficientes ingresos para mantener a unos 1.000 abogados a tiempo completo en 1975.⁸²

Los abogados no son los únicos defensores de la compensación a las víctimas que no son víctimas. La Asociación Internacional de Jefes de Policía ha apoyado dicha legislación desde 1966. En el intento de lograr el compromiso político necesario para aprobar la legislación federal de compensación, estos proyectos de ley se han unido a las propuestas de pagos federales a los policías y bomberos muertos en acto de servicio.⁸³ Por supuesto, la policía puede apoyar la compensación a las víctimas por su preocupación por ellas o por el reconocimiento de que las víctimas tendrían entonces mayores incentivos para cooperar en la generación de arrestos y condenas, pero la vinculación de las dos piezas de legislación juntas sugiere también fuertes motivos de interés propio.

Otros burócratas también han defendido sistemáticamente los programas de compensación a

las víctimas. El Departamento de Justicia administraría la comisión federal de compensación y los fondos del programa, lo que "explicaría el estudio de la LEAA, que impulsó la adopción del programa, alegando que el coste sería trivial".⁸⁴ El estudio de la LEAA estimaba una indemnización anual de unos 25 millones de dólares, lo que permitía el pago de unos 1.000 dólares a tal vez el 2 por ciento de las víctimas de delitos denunciados con lesiones en ese momento. Roger Meiners sospechaba que el gobierno federal se vería obligado a cubrir los verdaderos costes del programa, porque a los congresistas les resultaría difícil votar a favor de reducir las prestaciones a las víctimas inocentes de delitos.⁸⁵ Por lo tanto, subestimando los costes, la burocracia podría conseguir sus fines y así poder mantener su nueva posición y poder.

La compensación a las víctimas es como tantos otros programas que caracterizan al sistema de justicia penal. Parece un programa deseable, pero "en realidad, la compensación a las víctimas amenaza con emerger como otro tentáculo del leviatán, abarcando mucho más en territorio y en dólares de lo que se había previsto".⁸⁶ Es sólo otro ejemplo de una política elegida porque beneficia a burócratas, abogados y otros intereses políticos y amplía el papel de las instituciones existentes. Cada vez es más evidente que el enfoque político de los problemas de la alienación de las víctimas no es mejor que la simple exclusión.

Hay otra respuesta importante que las víctimas y las víctimas potenciales están dando al proceso político de justicia penal. El sector privado ofrece numerosas alternativas al uso de la policía y los tribunales públicos para la prevención del delito y la protección de los derechos de propiedad. No son consideraciones que probablemente reciban mucha atención en el ámbito político, pero están siendo adoptadas cada vez más por los ciudadanos privados.

NOTAS

1. James S. Kakalik y Sorrel Wildhorn, *Private Police in the United States: Findings and Recommendations* (Santa Monica, Calif.: The Rand Corporation, 1971), pp. 1, 12.
2. Richard Neely, *Why Courts Don't Work* (Nueva York: McGraw-Hill, 1982), p. 34.
3. *Ibidem*, p. 35.
4. Alan Bent, *The Politics of Law Enforcement: Conflict and Power in Urban Communities* (Lexington, Mass.: Lexington Books, 1974), pp. 3-6.
5. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 131.
6. *Ibidem*, p. 91.
7. Lawrence W. Sherman, "Patrol Strategies for Police", en *Crime and Public Policy*, James Q. Wilson, ed. (San Francisco: Institute for Contemporary Studies Press, 1983), p. 149.
8. *Ibidem*, p. 156.
9. Tony Pate, et al., *Police Response Time, Its Determinants and Effects* (Washington, D.C.: Police Foundation, 1976).
10. Sherman, "Patrol Strategies for Police", p. 153.
11. *Ibidem*, p. 151.
12. *Ibidem*, p. 149.
13. John E. Boydston, Michael E. Sherry y Nicholas P. Moelter, *Patrol Staffing in San Diego: One- or Two-Officer Units* (Washington, D.C.: Police Foundation, 1977).
14. Robert W. Poole, Jr., *Cutting Back City Hall* (Nueva York: Universe Books, 1978), pp. 46-47.
15. Abraham Blumberg, *Criminal Justice* (Chicago: Quadrangle Books, 1970), pp. 184-185.
16. Michael Milakovich y Kurt Weis, "Politics and Measures of Success in the War on Crime", *Crime and Delinquency* 21 (enero de 1975): 10.
17. E. S. Savas, "Municipal Monopolies Versus Competition in Delivering Urban Services," en *Improving the Quality of Urban Management*, ed. Willis D. Hawley and David Willis D. Hawley y David Rogers, vol. 8 de *Urban Affairs Annual Review* (Beverly Hills, Calif.: Sage Publications, 1974), p. 475.
18. David Jones, *Crime Without Punishment* (Lexington, Mass.: Lexington Books, 1979), p. 201.
19. James Q. Wilson, *The Politics of Regulation* (Nueva York: Basic Books, Inc., 1980), p. 374.
20. William Chambliss también ha descubierto que la justicia penal es un proceso selectivo en el que es más probable que surjan los tipos de casos que más fácilmente producen condenas. Véase Chambliss, *Crime and the Legal Process* (Nueva York: McGraw-Hill, 1960), p. 84. Véase también James Eisenstein, *Politics and the Legal Process* (Nueva York: Harper and Row, 1973); Abraham Blumberg, "The Practice of Law as a Confidence Game", *Law and Society Review* 1 (1967): 15-39; Brian Grosman, *The Prosecutor: An Inquiry into the Exercise of Discretion* (Toronto: University of Toronto Press, 1969).
21. Randy Barnett lo señaló en su reseña de un borrador anterior de este libro.
22. Randy E. Barnett, "Public Decisions and Private Rights", *Criminal Justice Ethics* 3 (verano/otoño de 1984): 54.
23. Eisenstein, *Politics and the Legal Process*, pp. 104-105. 24. Ver también John Kaplan, "The Prosecutorial Discretion: A Comment," *Northwestern Law Review* 6 (1965): 180.
24. Eisenstein, *Politics and the Legal Process*, p. 112.
25. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 16.
26. *Ibid.*
27. William M. Landis, "Legality and Reality: Some Evidence of Criminal Procedure", *Journal of Legal Studies* (junio de 1974): 289.
28. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 16.
29. Jones, *Crime Without Punishment*, pp. 81, 191, 193-197.
30. *Ibidem*, p. 81.
31. H. H. A. Cooper, "Plea Bargaining: A Comparative Analysis", *International Law and Policy* 5 (1972): 427, 446.

32. Véase, por ejemplo, Thomas Church, Jr. y otros, *Justice Delayed: The Pace of Litigation in Urban Trial Courts* (Williamsburg, Va.: National Center for State Courts, 1978); W. M. Rhoades, "The Economics of Criminal Courts: A Theoretical and Empirical Investigation", *Journal of Legal Studies* 5 (1976): 319-320; W. J. Campbell, "Delays in Criminal Cases: Ante la Conferencia de Jueces Jefes Metropolitanos del Centro Judicial Federal", *Federal Rules Decisions* 55 (1973): 230; R. W. Gillespie, *Judicial Productivity and Court Delay: An Exploratory Analysis of the Federal Courts* (Washington, D.C.: Government Printing Office, 1973); J. O. Williams y R. J. Richardson, *Delay in Superior Courts of North Carolina and an Assessment of Its Causes* (Raleigh, N.C.: Administrative Office of the Courts, 1973).
33. Church, et al., *Justice Delayed: The Pace of Litigation in Urban Trial Courts*, pp. 28, 54.
34. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 7.
35. *Ibidem*, p. 105.
36. *Ibidem*, p. 58.
37. *Ibidem*.
38. Randy Barnett proporcionó este ejemplo en su revisión de un primer borrador de este libro. Barnett sugirió que "la carga media de casos de un juez de tribunales de delitos graves ahora es aburrida comparada con la de hace diez años".
39. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 25.
40. Carl Person, "Justice Inc.", *Juris Doctor* 8 (marzo de 1978), p. 32.
41. Véase, por ejemplo, William M. Landes y Richard Posner, "Adjudication as a Private Good", *Journal of Legal Studies* 8 (marzo de 1979): 238; Rodney H. Mabry, Holly H. Ulbrich, Hugh H. Macauley, Jr. y Michael T. Maloney, *An Economic Investigation of State and Local Judiciary Services* (Washington, D.C.: National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, Law Enforcement Assistance Administration, Department of Justice, 1977), p. 82.
42. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 44.
43. *Ibidem*, p. 198.
44. James Q. Wilson, "Thinking Practically About Crime", en *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, ed. Randy E. Barnett y John Hagel III (Cambridge, Mass.: Ballinger Press, 1977), p. xxi.
45. *Ibidem*, p. xci.
46. James Eisenstein y Herbert Jacob, *Felony Justice* (Boston: Little, Brown and Co., 1977), p. 281.
47. Charles H. Logan y Sharla P. Rausch, "Punishment and Profit: Emergences of Private Enterprise Prisons", *Justice Quarterly* 2 (septiembre de 1985): 304.
48. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 10.
49. *Ibidem*, p. 32.
50. Bruce L. Benson, "The Economic Theory of Regulation as an Explanation of Policies Towards Bank Mergers and Holding Company Acquisitions" (La teoría económica de la regulación como explicación de las políticas hacia las fusiones bancarias y las adquisiciones de sociedades de cartera), *Antitrust Bulletin* 28 (invierno de 1983) 839-862.
51. Bent, *The Politics of Law Enforcement*, pp. 6-11.
52. Eisenstein, *Politics and the Legal Process*, p. 120.
53. Este punto fue planteado por Randy Barnett en su revisión de un primer borrador de este libro. Señaló que "[e]l principal grupo que está deliberadamente excluido del acceso al funcionamiento interno de los tribunales son los académicos que buscan "estudiar" el sistema, que luego pasan a escribir sobre el funcionamiento oculto del sistema".
54. Blumberg, *Criminal Justice*, p. 184.
55. Research and Forecasts, Inc., *America Afraid: How Fear of Crime Changes the Way We Live, Based on the Widely Publicized Figgie Report* (Nueva York: New America Library, 1983), p. 16.
56. Frederick Kaiser, "Federal Law Enforcement: Structure and Reorganization", *Criminal Justice Review* 5 (otoño de 1980): 101-118.
57. Bruce Smith, *Police Systems in the United States*, 2ª ed. (Nueva York: Harper and Row, 1960), pp. 2-3.
58. William F. McDonald, "The Role of the Victim in America", en *Assessing the Criminal: Restitution and the Legal Process*, ed. Randy E. Barnett y John Hagel III (Cambridge, Mass.: Ballinger Publishing Co., 1977), p. 298.
59. *Ibidem*, pp. 299-300.
60. *Ibidem*, p. 298.
61. *Ibidem*, p. 302.
62. *Ibidem*, p. 300.
63. *Ibidem*, p. 301.
64. Estas estadísticas se recogen en Poole, *Cutting Back City Hall*, pp. 51-52.
65. Brian Forst, Judith Lucianvic y Sarah J. Cox, *What Happens After Arrest?* (Washington, D.C.: Institute of Law and Social Research, 1977).
66. G. Krohm, "The Pecuniary Incentives of Property Crime", en *The Economics of Crime and Punishment*, ed. S. Rottenberg (Washington, D.C.: Institute of Law and Social Research, 1977). S. Rottenberg (Washington, D.C.: American Enterprise Institute, 1973), p. 33.
67. J. L. Barkas, *Protecting Yourself Against Crime*, Public Affairs Pamphlet No. 564 (Nueva York: Public Affairs Committee, 1978), p. 20.
68. Wilson, "Thinking Practically About Crime", p. xv.
69. McDonald, "The Role of the Victim in America", pp. 301-302.
70. *Ibidem*, p. 307.
71. Wilson, "Thinking Practically About Crime", p. xv.
72. Research and Forecasts, *America Afraid*, p. 105.
73. *Ibid.*
74. Wilson, "Thinking Practically About Crime", pp. xv-xvi.
75. Randy E. Barnett, "Pursuing Justice in a Free Society, Part One: Power vs. Liberty", *Criminal Justice Ethics* 4 (verano/otoño 1985): 50-72.
76. Michael Satchell, "Victims Have Rights Too", *Parade*, 17 de marzo de 1985, p. 15.
77. *Ibid.*
78. *Ibidem*, p. 16.
79. Juan Cárdenas, "The Crime Victim in the Prosecutorial Process", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 9 (primavera de 1986): p. 357.
80. Satchell, "Victims Have Rights Too", p. 17.
81. Roger E. Meiners, "Public Compensation of the Victims of Crime: How Much Would It Cost?" en *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, ed. Randy E. Barnett y John Hagel III (Cambridge, Mass.: Ballinger Publishing Co., 1977), p. 314.
82. *Ibid.*
83. *Ibidem*, pp. 314-315.
84. *Ibidem*, pp. 315-316.
85. *Ibidem*, p. 316.
86. *Ibidem*, pp. 328-329.

CAPÍTULO 6

LA CORRUPCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DEL ORDEN PÚBLICO

«Un policía de Chicago se infiltra en una banda policial de tráfico de drogas para desenmascararla», «Este juez es el acusado», «Un juez federal será juzgado en Nevada por cohecho», «Detenidos más agentes de policía de Miami», «Un fiscal procesado», «Juez norteamericano encarcelado rehúsa dimitir.»¹ Estos titulares periodísticos son tan sólo una muestra superficial de la corrupción existente en los cuerpos de funcionarios del orden. La corrupción política se convirtió en un elemento más de la vida diaria desde el día en que los gobernantes se pusieron a administrar justicia. Corrupción que se materializa en un mercado negro de derechos de propiedad que los políticos y los burócratas pueden conferir discrecionalmente.² Si no se vigila de cerca a los burócratas, se corre el riesgo de que prevalezca el interés personal, y la corrupción pasa a ser algo más que una posibilidad. Para hacerse una idea del nivel de corrupción en la justicia y las fuerza del orden, debernos estudiar la, oportunidades para corromperse y los incentivos institucionales que pueden llevar a los encargados de mantener el orden y la justicia a cometer actos de corrupción.

Oportunidades para corromperse

La corrupción es una consecuencia directa de la autoridad discrecional de los funcionarios públicos. Cuando se produce una congestión en el fondo común, los burócratas encargados de la aplicación de la ley pública tienen una enorme discrecionalidad para asignar los limitados recursos de la oficina entre las demandas que compiten entre sí. Por ejemplo, la sobrecriminalización aumenta la posibilidad de corrupción, ya que la policía está en posición de elegir qué leyes aplicar y cuáles ignorar. Este poder invita a la corrupción. Los problemas de los bienes comunes también generan una considerable discrecionalidad para los jueces y fiscales. El tiempo de los tribunales se raciona en gran medida por el tiempo de espera, pero los fiscales también pueden racionar el tiempo de los tribunales decidiendo qué casos se procesan, cuáles se negocian y cuáles se abandonan; los jueces también deciden qué casos merecen ser considerados y cuáles no. El poder discrecional para asignar muchos derechos debido al problema común de la sobrecriminalización se combina con el secreto burocrático para aumentar las oportunidades de corrupción.

Por ejemplo, cuando el gobierno ha modificado una estructura de derechos para impedir un mercado competitivo y, en consecuencia, ha creado incentivos para que surja un mercado ilegal, la posible transacción ilegal suele ser fácilmente detectable.³ En consecuencia, para que los mercados clandestinos tengan éxito es necesario que las transacciones ilegales tengan apariencia de legalidad o que haya acuerdos con los funcionarios para que no se aplique la ley. Tal vez la propiedad sea duradera e inmóvil (por ejemplo, terrenos sujetos a zonificación), o la propiedad esté sujeta a un estrecho escrutinio por parte de los funcionarios del gobierno (por ejemplo, los requisitos de la licencia de licores). En tales circunstancias, la modificación ilegal de los derechos de propiedad debe llevarse a cabo mediante la actuación de un funcionario público. En consecuencia, las normas de uso del suelo y de construcción parecen generar considerables oportunidades de corrupción política.⁴ La corrupción no tiene por qué ir tan

lejos como la modificación directa de los estatutos o reglamentos. Los funcionarios públicos pueden simplemente ignorar las infracciones o facilitar que los particulares encuentren rápidamente el camino a través de la burocracia. En 1972, la Comisión Knapp para investigar la presunta corrupción policial en la ciudad de Nueva York descubrió que la segunda fuente más importante de corrupción policial era

los negocios legítimos que intentan abrirse paso a través del laberinto de ordenanzas y reglamentos de la ciudad. Los principales infractores son los contratistas y subcontratistas de la construcción, los titulares de licencias de bebidas alcohólicas y los gestores de negocios como empresas de transporte y aparcamientos, que suelen aparcar un gran número de vehículos de forma ilegal. Si la policía fuera completamente honesta, es probable que los miembros de estos grupos trataran de corromperla, ya que la mayoría parece considerar que sobornar a la policía es más fácil y barato que obedecer las leyes o pagar las multas y responder a las citaciones cuando las infringen.⁵

Hay una oportunidad de corrupción estrechamente relacionada que tiene aplicaciones claras y directas a la aplicación de la ley penal. En los casos en los que las actividades ilegales podrían evitarse o limitarse gravemente mediante esfuerzos de aplicación relativamente baratos (por ejemplo, el juego o la prostitución), los funcionarios públicos disponen de un valioso conjunto de derechos de propiedad que pueden vender. Pueden permitir que determinados individuos o grupos operen de forma ilegal al tiempo que impiden que otros posibles participantes entren en el mercado. Es decir, pueden vender derechos de monopolio a un mercado clandestino del sector privado y, a continuación, hacer cumplir esa asignación de derechos.

Schelling argumentó que el crimen organizado es en realidad un crimen monopolizado, y tanto Rubin como Anderson sostuvieron que las empresas criminales poseen poder de mercado porque hay economías de escala en la compra de la corrupción de la policía y otros funcionarios gubernamentales.⁶ Demsetz, sin embargo, explicó que las economías de escala no son suficientes para que se produzcan esos precios de monopolio.⁷ La explotación de una posición de monopolio requiere restricciones de entrada, normalmente derivadas de la política gubernamental. En el caso de los mercados subterráneos, toda entrada es ilegal; pero si la aplicación es fácil, los funcionarios públicos corruptos pueden vender el derecho a producir a determinadas empresas ilegales. En este caso, puede ser necesario un mercado subterráneo de derechos de propiedad controlados por el gobierno para que funcione un mercado subterráneo del sector privado. No es sorprendente que la Comisión Knapp descubriera que "el crimen organizado es la mayor fuente de corrupción policial" en la ciudad de Nueva York.⁸ Asimismo, Charles Ashman informó de que "el crimen organizado no puede funcionar sin una justicia organizada".⁹

El potencial de corrupción gubernamental surge precisamente por la misma razón por la que pueden existir mercados privados clandestinos. Las modificaciones de los derechos legales impiden una asignación competitiva de los recursos, creando oportunidades para los mercados que están diseñados para evitar las leyes. En muchas circunstancias, estos mercados ilegales deben contar con la participación de funcionarios corruptos encargados de la aplicación de la ley para poder existir, especialmente cuando el mercado requiere derechos sobre los que los funcionarios públicos tienen capacidad de asignación. Pero la corrupción requiere algo más que oportunidades; requiere el deseo de aprovecharlas.

Incentivos a la corrupción

Las decisiones se toman en función de la información y los incentivos, y los funcionarios públicos reaccionan a los incentivos igual que los particulares. Así, es probable que unos incentivos relativamente fuertes para corromperse den lugar a una corrupción relativamente mayor. Los incentivos relevantes son los que Becker delineó en su teoría económica del crimen: el tamaño de los beneficios esperados en relación con las alternativas de un funcionario público, la probabilidad de ser detectado y castigado, y la severidad del castigo potencial.¹⁰

Los beneficios de la corrupción. El atractivo para un funcionario público de los beneficios esperados de la corrupción depende de una serie de factores. Los beneficios potenciales de la corrupción se sopesarán frente a los beneficios de otras actividades a las que puede tener que renunciar si el funcionario decide participar en un mercado ilegal. Por supuesto, los funcionarios encargados de la aplicación de la ley no pueden obtener beneficios si se abstienen de la corrupción y se concentran en mejorar la eficiencia en la producción de servicios de aplicación de la ley. Es posible que puedan pasar a un puesto de trabajo mejor remunerado en el sector público, pero son pocos los funcionarios que reciben grandes salarios. Los funcionarios también pueden sentirse satisfechos por el prestigio y el poder que adquieren, pero "algunos expertos señalan que la virtud judicial se ha puesto a prueba más de lo habitual últimamente por el hecho de que los sueldos no siguen el ritmo de los ingresos de los abogados privados".¹¹ Además, muchos funcionarios públicos están muy limitados en cuanto a cómo y cuánto pueden obtener legalmente más allá de sus salarios públicos. Por lo tanto, suponiendo que el empleo en el sector público se eligió porque era la mejor alternativa para un funcionario, cualquier recompensa razonablemente grande que se espere de la actividad corrupta puede ser tentadora.

La magnitud del beneficio potencial de la corrupción viene determinada por varios factores. El valor esperado de los derechos que el funcionario puede asignar es un factor determinante. Así, cuanto mayor sea la distorsión del mercado creada por las leyes que se aplican, mayor será el beneficio potencial de los funcionarios que las aplican. Los códigos de construcción estrictos o las leyes de zonificación rigurosas y geográficamente expansivas, por ejemplo, generan la posibilidad de obtener grandes beneficios.¹² Además, cuando un mercado está totalmente prohibido (por ejemplo, las drogas y la prostitución), los pagos potenciales a los funcionarios públicos por proteger el monopolio de un mercado negro son enormes. La Comisión Knapp encontró pruebas de que los pagos a un agente de policía de paisano por parte de los intereses del juego en Nueva York oscilaban entre 400 y 1.500 dólares al mes.¹³ Pero esto es poco comparado con los pagos relacionados con los estupefacientes, que ascienden a cientos de miles de dólares. En 1982, por ejemplo, diez agentes de policía de Chicago fueron condenados por aceptar 250.000 dólares en concepto de protección de los narcotraficantes.¹⁴ En 1986, un fiscal federal fue acusado de recibir pagos por valor de 210.000 dólares y un barco a cambio de informar a un traficante de drogas sobre las actividades de recopilación de pruebas de los funcionarios de la Agencia Antidroga de Estados Unidos.¹⁵ Del mismo modo, si un funcionario tiene poder de asignación sobre una serie de derechos diferentes, la recompensa podría ser grande aunque ningún derecho individual tenga un valor tremendo. La Comisión Knapp descubrió que "si bien los pagos individuales a los uniformados eran pequeños, en su mayoría inferiores a 20 dólares, a menudo eran tan numerosos que aumentaban considerablemente los ingresos de un patrullero".¹⁶

Cuando el poder discrecional para asignar derechos en un fondo común se concentra en las manos de unos pocos funcionarios, el pago de la corrupción a esos individuos puede ser extremadamente grande. Los jueces, por ejemplo, tienen un control casi monopolístico sobre el reparto de los casos que se les presentan. Uno de los cuatro jueces declarados culpables a partir del 20 de enero de 1986, como consecuencia de la "Operación Greylord" (una operación federal encubierta para detectar la corrupción en el sistema judicial del Condado de Cook) fue condenado, entre otras cosas, por aceptar sobornos por un total de 400.000 dólares en efectivo y ocho automóviles.¹⁷ Un juez de Nueva Jersey fue condenado en 1982 por aceptar 22.000 dólares para liberar a un convicto de la cárcel y poner a otro en libertad condicional.¹⁸ Los agentes de investigación tienen poderes monopolísticos similares. Si un investigador prepara un caso contra un delincuente en particular, entonces está en posición de extorsionar o aceptar un soborno de ese delincuente. La Comisión Knapp descubrió que los "chantajes de los detectives investigadores a objetivos individuales de oportunidad" a menudo "llegan a varios miles de dólares".¹⁹

Sin embargo, si el poder para influir en una asignación de derechos está muy disperso y es difícil de coordinar, es probable que la recompensa para cualquier funcionario sea relativamente pequeña. La delincuencia organizada puede tener que sobornar a varios agentes de policía, por ejemplo, para garantizar el funcionamiento relativamente tranquilo de sus mercados clandestinos de drogas y prostitución, pero esto significa que el beneficio para un solo agente de policía será relativamente pequeño y menos aceptable. Del mismo modo, si un comprador de derechos asignados ilegalmente tiene varias fuentes alternativas (corrupción competitiva, por así decirlo), es probable que el beneficio de cualquier vendedor corrupto sea pequeño. Un proxeneta, por ejemplo, puede ser indiferente a que sus prostitutas trabajen en una u otra de las jurisdicciones políticas geográficamente contiguas.

Un determinante obvio de la retribución de la corrupción es la disposición del comprador privado a pagar por una asignación ilegal de derechos gubernamentales. Naturalmente, los compradores en el mercado clandestino de derechos de propiedad controlados por el gobierno reaccionan al mismo tipo de incentivos que los participantes en cualquier actividad ilegal. ¿Es el rendimiento potencial relativamente grande o pequeño? ¿Es probable que se detecte la acción? ¿Qué grado de severidad puede tener el castigo si se detecta la actividad? Dada la evidencia de la corrupción policial y judicial, un número considerable de individuos del sector privado considera que los beneficios potenciales de los tratos ilegales con los funcionarios son lo suficientemente altos como para que merezca la pena el riesgo.²⁰

La probabilidad de detección. Si existe una alta probabilidad de que se detecte una asignación ilegal de derechos y de que se identifique y procese a un funcionario corrupto, entonces es menos probable que un funcionario se corrompa. Hay varias formas de supervisar las actividades de aplicación de la ley. Los ciudadanos individuales en general y los contribuyentes y votantes en particular podrían hacer esfuerzos para vigilar a los funcionarios individuales. Pero esto está lejos de ser una amenaza importante debido a la ignorancia racional y al problema del free-rider. La participación de un ciudadano en los beneficios derivados de la eliminación de un funcionario corrupto es tan pequeña en relación con sus costes que no tiene prácticamente ningún incentivo económico para actuar como vigilante. Los costes de supervisión son bastante elevados y el simple hecho de aprender lo suficiente sobre el funcionamiento interno de una sola burocracia para poder identificar a un funcionario corrupto puede suponer una enorme inversión de tiempo y esfuerzo.

Además, un ciudadano tiene pocos incentivos para unirse a un esfuerzo colectivo de vigilancia del gobierno, porque puede compartir los beneficios que pueda generar esa acción colectiva sin asumir ninguno de los costes. Hay varias organizaciones de vigilancia del gobierno bastante activas, por supuesto, y pueden suponer una cierta amenaza para los funcionarios potencialmente corruptos, pero es probable que estos esfuerzos sean relativamente infructuosos porque simplemente no podrán atraer suficientes recursos para ser eficaces.

Las características del fondo común de la aplicación de la ley arrojan una luz ligeramente diferente sobre la explicación típica de los incentivos del free-rider. Existen incentivos para sobreexplotar los recursos del fondo común, pero también hay fuertes incentivos para no invertir lo suficiente en el mantenimiento del fondo común. Los que capturan ballenas tienen pocos incentivos para reponer la población de modo que otros sean libres de capturar esos nuevos animales. Del mismo modo, los individuos tienen pocos incentivos para invertir en el mantenimiento de la integridad de los funcionarios públicos para que otros sean libres de compartir los beneficios de la inversión. De hecho, la probabilidad de cualquier beneficio directo de tal inversión será muy pequeña. Lo que a menudo se caracteriza como un problema de parasitismo, puede ser un problema de subinversión común.

Los medios de comunicación son otra fuente potencial de control. Las noticias tienen algunas características de bien público (o, más exactamente, de externalidad), por lo que existe un posible problema de parasitismo. Pero como los consumidores de noticias pagan indirectamente a través de la publicidad, no es probable que la falta de oferta de servicios de noticias sea un problema significativo. No obstante, hay razones para esperar que los medios de comunicación no sean una amenaza importante para la mayoría de los funcionarios corruptos. Pocos miembros de los medios de comunicación dedican mucho tiempo a intentar detectar la corrupción de los funcionarios de la justicia penal. Ciertamente se informa de la corrupción expuesta por otros, pero hay relativamente pocos casos en los que el personal de los medios de comunicación haya buscado activamente la actividad ilegal. Esto se debe, en parte, a que los periódicos y otros medios de comunicación requieren una producción diaria, y la mayoría de los reporteros deben concentrarse en noticias que puedan obtenerse fácil y rápidamente. Detectar a los funcionarios corruptos y demostrar su culpabilidad es, por lo general, difícil y lleva mucho tiempo, y es probable que esos esfuerzos sólo se lleven a cabo cuando la recompensa potencial es considerable. Un reportero puede estar dispuesto a dedicar un tiempo considerable a demostrar que un funcionario público importante es corrupto porque las recompensas potenciales son grandes (por ejemplo, titulares de primera plana, reconocimiento por parte de los compañeros y los ciudadanos, y mayores oportunidades de ingresos), pero es poco probable que invierta mucho tiempo y esfuerzo en detectar la corrupción de un patrullero de la policía.

Los compañeros pueden ser una fuente de vigilancia. La mayoría de las instituciones gubernamentales han establecido sistemas de autocontrol y, de hecho, han desalentado (y en algunos casos incluso impedido) el control de fuentes externas. Los departamentos de policía tienen sus divisiones de asuntos internos, por ejemplo, y los sistemas judiciales tienen juntas de revisión judicial. Pero este tipo de control no suele ser muy eficaz. Independientemente de cuál sea el objetivo de un funcionario, éste tiene fuertes incentivos para no exponer la corrupción o las ineficiencias dentro de su unidad gubernamental. Supongamos que un funcionario de la policía se siente satisfecho trabajando por lo que cree que es el "interés público" y está convencido de que lo que hace su oficina es vital. Si revela que sus colegas son corruptos, la eficacia de la unidad puede verse comprometida. Este individuo de espíritu público puede

intentar suprimir la corrupción internamente, pero parece probable que prefiera no saber nada de la corrupción.

La Comisión Knapp atribuyó la extrema reticencia de los agentes de policía a presentar pruebas contra sus compañeros o a investigarlos eficazmente a la "intensa lealtad de grupo". Esto, a su vez, se manifestaba supuestamente en una preocupación de "espíritu público" por la eficacia y la moral del departamento que producía sospechas y hostilidad dirigidas a cualquier interferencia externa con el departamento. Esta mezcla de hostilidad y orgullo creó el obstáculo más grave para un ataque racional a la corrupción policial: una negativa obstinada en todos los niveles del departamento a reconocer que existe un problema grave.²¹

La policía no es el único burócrata con una fuerte tendencia a proteger a los suyos. La mayoría de los estados tienen juntas de revisión judicial en las que participan jueces que vigilan a otros jueces. "Algunos críticos se quejan, sin embargo, de que no se puede contar con los jueces para que actúen contra sus propios colegas... la idea de erradicar firmemente la corrupción judicial sigue siendo especialmente delicada... [con] preocupaciones sobre el peligro manifiesto de perder el respeto público".²² Es interesante observar la similitud entre la justificación para no revelar la corrupción policial y la justificación para no revelar la corrupción judicial.

Hay que destacar que el tipo de incentivos y comportamientos descubiertos por la Comisión Knapp (y por muchas otras comisiones de investigación) pueden atribuirse fácilmente a motivos de interés propio más que de espíritu público. Para el funcionario público para el que el poder y el prestigio son las principales fuentes de satisfacción, por ejemplo, la corrupción dentro de su organización puede conducir a reducciones de presupuesto, poder discrecional y prestigio. Por último, un funcionario que puede ser corrupto o que desea mantener abierta la opción de la corrupción obviamente no quiere llamar la atención sobre el potencial de corrupción de su cargo. Esta explicación es especialmente convincente en el caso de la Comisión Knapp porque "se descubrió que la corrupción policial era un fenómeno extendido en todo el departamento y que era practicado en cierta medida por una considerable mayoría de los miembros del cuerpo".²³

No es sorprendente, por tanto, encontrar que en los pocos casos en los que un funcionario ha denunciado la corrupción, generalmente ha sido condenado al ostracismo por sus colegas y superiores, se le han negado los ascensos y, en última instancia, se ha visto obligado a dimitir. Cuando los funcionarios honestos se enfrentan a tales costes potenciales, es evidente que los funcionarios corruptos probablemente tienen poco que temer de sus compañeros.²⁴ Así, "con muy raras excepciones, incluso aquellos que no se dedican a actividades corruptas están implicados en la corrupción en el sentido de que no toman medidas para evitar lo que saben o sospechan que está ocurriendo a su alrededor".²⁵

Otra fuente de detección potencial proviene de otras unidades gubernamentales. Una de las funciones de los representantes elegidos es supervisar a las burocracias para comprobar que hacen lo que sus electores quieren que hagan. Esta supervisión podría ser muy eficaz (suponiendo que los propios representantes no sean corruptos) si hay relativamente pocos funcionarios que supervisar y relativamente pocos derechos sobre los que esos funcionarios tienen poderes de asignación. Pero a medida que se invierte más tiempo y recursos en la supervisión, se dispone de menos para determinar la naturaleza y la fuerza de las demandas de los electores, satisfacer esas demandas mediante la promulgación de leyes y aprovechar las fuentes de ingresos y los beneficios externos asociados al servicio legislativo.²⁶ Por lo tanto, incluso si hubiera relativamente pocos funcionarios y modificaciones de derechos que supervisar, no se deduciría necesariamente que la supervisión legislativa reduciría sustancialmente la corrupción.

Una legislatura puede optar por delegar la función de supervisión en alguna otra unidad gubernamental. Los resultados de los esfuerzos de detección de la corrupción de la Oficina Federal de Investigación, por ejemplo, han sido evidentes. También es posible que los organismos de justicia penal estatales y locales realicen esfuerzos similares. La Operación Greylord, por ejemplo, produjo expectativas iniciales de acusaciones de 30 funcionarios judiciales, incluidos diez jueces de circuito, por cargos de fijación de casos, soborno, extorsión, fraude postal y chantaje en el sistema judicial del Condado de Cook.²⁷ Pero esto fue la culminación de una investigación encubierta de tres años y medio. Los agentes de la ley deben hacer cumplir una amplia gama de leyes con presupuestos limitados. Los esfuerzos policiales más costosos parecen implicar unas pocas y posiblemente espectaculares detenciones (por ejemplo, la Operación Greylord), tal vez con la esperanza de que la visibilidad de estas acciones lleve a los funcionarios potencialmente corruptos a sobreestimar el riesgo de ser detectados (pero también porque a menudo siguen a un escándalo muy publicitado que da lugar a un compromiso político temporal de provisión de recursos de investigación). Esto puede tener el impacto deseado a corto plazo, pero puede no funcionar durante mucho tiempo. Así, los recursos dedicados a la detección de la corrupción no deberían suponer una gran amenaza para la inmensa mayoría de los funcionarios corruptos.

En muchos casos, los incentivos de los funcionarios para vigilar a sus homólogos en distintas oficinas gubernamentales son bastante débiles. Las oficinas de los fiscales, por ejemplo, podrían parecer estar en una buena posición para investigar la corrupción policial, pero "en el caso de los fiscales de distrito, existe el problema adicional de que trabajan tan estrechamente con los policías que el público tiende a considerarlos -y de hecho parecen considerarse a sí mismos- como aliados de la policía".²⁸ La Comisión Knapp descubrió que los ciudadanos tenían una desconfianza generalizada en los fiscales de distrito, principalmente debido a esos estrechos vínculos. Una implicación de esta desconfianza, por supuesto, es que muchos fiscales también estaban involucrados en la corrupción.²⁹

Esto plantea un punto relevante. Cuando un funcionario tiene la responsabilidad de evitar la corrupción de otros funcionarios, también tiene un derecho potencialmente valioso que vender: el derecho a ser corrupto. Se enfrenta a los mismos tipos de incentivos que los funcionarios que deben impedir las actividades clandestinas del sector privado. Por lo tanto, no debería sorprender que los funcionarios públicos paguen a los agentes de policía para practicar la corrupción.³⁰

Otra razón por la que los funcionarios corruptos se muestran relativamente preocupados ante una posible detección es que las investigaciones son costosas. La operación Greylord requirió más de tres años de trabajo encubierto y su coste ascendió a millones de dólares.³¹ El Estado de Nueva York tenía una plantilla de 45 jueces de vigilancia en 1983 con un coste de 1,5 millones de dólares al año,³² pero la mayoría de los estados, condados y ciudades no pueden destinar tales recursos a la vigilancia de los funcionarios públicos. Confían en los burócratas de las fuerzas del orden existentes para vigilarse a sí mismos y a los demás, al menos hasta que estalle un escándalo importante. Pero los problemas de fondo común proporcionan a esos burócratas una excusa fácil para no buscar activamente la corrupción. En una situación en la que los burócratas se enfrentan a un exceso de demanda y tienen una gran discreción para elegir cómo asignar sus recursos, a menudo pueden justificar el hecho de ignorar la corrupción, especialmente si no se llama la atención del público. No parece que se plantee la cuestión de si el público está mejor servido por el uso de esos escasos recursos en la persecución de la corrupción o en la prestación de otros servicios.³³

Ha habido numerosos casos en los que se ha destapado un gran escándalo de corrupción y se ha nombrado una comisión especial o un grupo de trabajo para investigar el problema. Pero hay problemas con el enfoque de "reacción al escándalo" para el control de la corrupción. Cualquier régimen alternativo que no aborde las cuestiones institucionales fundamentales -la información y los incentivos generados- es poco probable que tenga éxito a largo plazo. En primer lugar, los corruptos pueden apelar a una circunscripción concentrada para obtener fondos de campaña. En segundo lugar, y más importante, sin cambios en las instituciones fundamentales, es probable que los sustitutos de los condenados, obligados a dimitir o derrotados en las elecciones degeneren en la corrupción.³⁴

En la ciudad de Nueva York, la Comisión Knapp informó que sus "hallazgos no eran nuevos. Ya en 1844, cuando la legislatura estatal creó el departamento de policía de Nueva York como el primero del país, los historiadores registran un problema inmediato con la extorsión y otras actividades corruptas realizadas por la policía".³⁵ Desde entonces, la ciudad se ha visto afectada periódicamente por grandes escándalos de corrupción, seguidos de investigaciones especiales, revelación de la corrupción a gran escala, expresiones oficiales de indignación y, finalmente, "reformas"; pero en cada caso "el patrón básico de comportamiento corrupto nunca se vio afectado sustancialmente y, una vez que se apagó el calor, se volvió en gran medida a lo de siempre".³⁶ Parece que cada 20 años se produce una investigación importante sobre la corrupción policial en la ciudad.³⁷

Nueva York no es ciertamente única en este sentido. Entre 1970 y 1976 se llevó a cabo una importante investigación sobre corrupción policial en Chicago,³⁸ pero la corrupción no terminó. Más de veinte agentes de Chicago se encontraban en alguna fase de investigación (acusación, imputación o condena) por cargos relacionados con las drogas en julio de 1982.³⁹ Charles Ashman ha llegado a la conclusión de que "la corrupción escandalosa parece ser contagiosa entre los jueces de ciertos estados".⁴⁰ La corrupción no termina cuando los "sinvergüenzas" han sido expulsados. Probablemente no estén más "podridos" por naturaleza que cualquier otro residente típico de la misma ciudad o estado. El entorno institucional crea la oportunidad y los incentivos para la corrupción, y la discreción se produce por el exceso de demandas sobre los recursos comunes (por ejemplo, el exceso de criminalización). Como señaló Ashman, "el argumento de que hay tantos reparadores de televisores o mecánicos de automóviles corruptos y similares no se sostiene. Ningún reparador o mecánico ni nadie que no sea un juez tiene un control ilimitado sobre la libertad y la propiedad de cada miembro de su comunidad".⁴¹

La severidad del castigo. Otra fuente potencial de desincentivación de la corrupción es la severidad del castigo que surge cuando se detecta esa corrupción. Sin embargo, el impacto del castigo es difícil de evaluar, ya que la severidad es un concepto subjetivo. Un funcionario que obtiene satisfacción de un puesto prestigioso puede ver la vergüenza de la exposición pública de la corrupción y la pérdida de un puesto de trabajo como un castigo severo; otro con alternativas externas atractivas podría ver la exposición como un inconveniente. Lo mismo puede decirse del castigo como elemento disuasorio de la actividad ilegal en el sector privado, por lo que al menos pueden extraerse algunas conclusiones de la comparación de los tipos de castigo a los que se enfrentan los funcionarios corruptos en relación con el castigo impuesto a los delincuentes en el sector privado.

Si es cierto que los funcionarios que detectan la corrupción en sus propias organizaciones tienden a suprimir la información y a restarle importancia, entonces es probable que cualquier castigo generado internamente sea relativamente leve. El castigo leve debería hacer que la corrupción pareciera ser relativamente menos significativa para quienes están fuera de la organización (por ejemplo, los legisladores y los grupos de vigilancia del gobierno del sector

privado), minimizando así la atención que la exposición podría atraer. Las juntas disciplinarias judiciales atienden más de 3.500 quejas de mala conducta cada año, muchas de ellas por cargos como favoritismo, lenguaje abusivo y otras formas de mala conducta manifiesta.⁴² Si bien algunas quejas son infundadas y provienen de personas descontentas por haber perdido un caso, muchas son válidas. Sin embargo, hasta la década de 1970, las juntas de revisión desestimaron prácticamente todas las quejas, tomando alguna medida contra sólo una docena de jueces por año.⁴³ El número de casos encontrados para los denunciantes aumentó durante los primeros años de la década de 1980, pero aun así, de los 152 jueces declarados culpables en 1981, sólo 16 fueron destituidos por la fuerza y 11 fueron suspendidos. Otros 55 fueron amonestados oficialmente, pero 70 simplemente dimitieron mientras se les investigaba y no recibieron ningún castigo oficial. De 89 quejas presentadas contra jueces federales, 11 dieron lugar a "medidas correctivas" no especificadas y una terminó con la jubilación de un juez.⁴⁴

La jubilación o la dimisión son las vías que se toman con frecuencia cuando se identifica a un funcionario corrupto.⁴⁵ Una carta del 14 de mayo de 1970 del Departamento Jurídico de la ciudad de Nueva York al alcalde, en la que se recomendaba la formación del comité de investigación independiente (la Comisión Knapp), señalaba, por ejemplo, que

según la ley actual, un empleado de la ciudad debe avisar con 30 días de antelación antes de que su jubilación sea efectiva. El Departamento de Policía ha comprobado que, en muchos casos, este periodo de tiempo no permite investigar y resolver adecuadamente las acusaciones de corrupción contra miembros del cuerpo de policía, especialmente si se están investigando cargos penales. Otros departamentos de la ciudad se han encontrado con problemas similares en relación con empleados supuestamente deshonestos que pretenden jubilarse y obtener sus beneficios de pensión.⁴⁶

El castigo a un funcionario corrupto podría ser relativamente severo cuando la condena es consecuencia de la detección por parte de otra organización o de un grupo privado de vigilancia del gobierno. Incluso cabría esperar que dicho castigo fuera relativamente severo si la estrategia es dar ejemplo a los funcionarios que son descubiertos para disuadir de otros posibles casos de corrupción. Pero ésta no es una deducción adecuada. Aunque hay pocas pruebas estadísticas, los funcionarios públicos (especialmente los de alto rango) parecen recibir penas de prisión relativamente cortas y salir en libertad condicional con relativa rapidez. Durante los cuatro años y medio que siguieron al incidente de Serpico (que comenzó en 1968 y terminó a mediados de 1972), por ejemplo, las cinco fiscalías de distrito de la ciudad de Nueva York iniciaron 136 casos de corrupción policial en los que estaban implicados 218 agentes, entre los que se encontraban 158 patrulleros, 39 detectives, 9 sargentos, 11 tenientes y un inspector jefe adjunto. Sesenta y tres de los acusados se declararon culpables y 28 fueron condenados tras el juicio; 46 fueron absueltos o desestimados y 81 estaban aún pendientes de juicio cuando se publicó el informe Knapp. Ochenta de los 91 agentes declarados culpables habían sido condenados en el momento del informe Knapp: 49 fueron liberados o se les suspendió la pena y 31 fueron condenados a penas de prisión, 14 de las cuales fueron de menos de un año. El

fiscal del condado del Bronx... testificó ante la Comisión que las sentencias leves eran habituales en los casos en los que estaban implicados agentes de policía.... Está claro que los riesgos de un castigo severo por un comportamiento corrupto son escasos. Un policía deshonesto sabe que, incluso si es atrapado y condenado, probablemente recibirá una amonestación del tribunal o, como mucho, una sentencia de cárcel bastante corta. Teniendo en cuenta las enormes sumas que se ganan en algunas brigadas de paisano o en la lucha contra el narcotráfico, los beneficios de la corrupción parecen compensar con creces los riesgos.⁴⁷

Curiosamente, entre 1970 y 1973 también hubo una rotación del 90 por ciento en el rango de capitán y superior, aparentemente debido a la jubilación, pero casi todos los cargos penales se presentaron contra los que tenían el rango de teniente o inferior. La implicación obvia es que el castigo por la corrupción policial es relativamente leve y es probable que disminuya a medida que aumenta el rango del funcionario.

Consecuencias de la criminalización

Si las tendencias históricas hacia una mayor criminalización y un mayor crecimiento de las oficinas de aplicación de la ley continúan, entonces se puede predecir un aumento de la corrupción entre los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. A primera vista, tal predicción puede parecer trivial: el crecimiento de las burocracias de aplicación de la ley significa más empleados del gobierno, de modo que si una parte de los funcionarios públicos es corrupta, la corrupción debería aumentar. Pero esta predicción va más allá de una relación tan obvia. Basándonos en nuestras exploraciones de las oportunidades y los incentivos para cometer corrupción, podemos anticipar que el número de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley implicados en la corrupción debería aumentar a un ritmo creciente.

La relación entre el crecimiento del sector público y las oportunidades de corrupción es obvia. Una mayor criminalización significa que hay más derechos de propiedad controlados por funcionarios públicos, por lo que hay mayores posibilidades de venta ilegal de dichos derechos. Los incentivos para participar en los mercados clandestinos del sector privado aumentan, por lo que los funcionarios tienen más oportunidades de aceptar sobornos a cambio de alterar las estructuras de derechos o de permitir que algunos individuos o grupos operen en un mercado ilegal privado sin temor a ser castigados. Evidentemente, si los incentivos para cometer actos de corrupción no cambian con el crecimiento de la aplicación de la ley en el sector público, podríamos seguir prediciendo un aumento de la corrupción simplemente por la ampliación del número de oportunidades de corrupción. Pero ese crecimiento también lleva a que los incentivos para corromperse sean cada vez más fuertes.

Considere el impacto de un papel gubernamental en expansión para el potencial beneficio de la corrupción. El crecimiento gubernamental significa que las actividades del sector privado o del mercado se ven cada vez más limitadas a medida que la asignación de los derechos de propiedad gravita hacia los funcionarios públicos. Cuanto más severas sean las restricciones legales sobre los mercados privados y el comportamiento privado en general, más valiosos serán los derechos controlados por los funcionarios públicos. En consecuencia, aumenta el pago que puede recibir un funcionario corrupto. Además, a medida que el poder de realizar un número cada vez mayor de asignaciones de derechos se pone en manos de los funcionarios públicos, los rendimientos potenciales de la corrupción se amplían incluso si ningún derecho tiene un valor tremendo. Dado que el aumento de la criminalización conduce a mayores beneficios potenciales de la corrupción, los incentivos para ser corrupto se hacen más fuertes a medida que el gobierno crece.

El crecimiento del tamaño de las oficinas de aplicación de la ley tiene dos implicaciones para la corrupción. En primer lugar, un aumento en el número de empleados del gobierno con algunos poderes de asignación de derechos significa que la supervisión de la corrupción se vuelve cada vez más ineficaz. Los esfuerzos de supervisión deben repartirse entre más organismos y más grandes, por lo que la detección de un funcionario público corrupto se vuelve menos probable y se reduce el incentivo de cada funcionario para evitar la corrupción. Si los recursos dedicados a la supervisión se amplían proporcionalmente al crecimiento gubernamental, los incentivos para la corrupción no tienen por qué aumentar, pero esta posibilidad es dudosa. No he encontrado ninguna legislación que delegue el poder de hacer cumplir una nueva ley y que simultáneamente

proporcione recursos para vigilar la posible corrupción. Parece que recientemente se ha producido un aumento general de los recursos destinados al control de la corrupción, pero este compromiso dista mucho de ser proporcional al tremendo crecimiento del gobierno. Los incentivos para que los ciudadanos privados se involucren en las organizaciones de vigilancia del gobierno también deberían aumentar, por lo que los esfuerzos de vigilancia del sector privado podrían ampliarse a medida que el gobierno crece. Sin embargo, es probable que el problema del free-rider o de la falta de inversión común se interponga en el camino de la supervisión eficaz.

La segunda implicación del crecimiento de los organismos públicos de control es que el riesgo de detección de los individuos que pagan sobornos disminuye al mismo tiempo que se reduce el riesgo de los que reciben sobornos. Por lo tanto, los individuos están más dispuestos a realizar transacciones clandestinas con los funcionarios públicos, y hay más oportunidades de corrupción. Además, es probable que la reducción del riesgo para los que pagan sobornos los haga estar dispuestos a pagar sobornos aún mayores a los funcionarios corruptos. La recompensa de la corrupción aumenta, y la corrupción se vuelve más atractiva.

Muchos funcionarios del gobierno probablemente rebatirían este argumento señalando el aumento de los esfuerzos y el éxito de las autoridades policiales en la detección de la corrupción durante los últimos años. La sección de integridad pública del Departamento de Justicia de EE.UU. ha estado persiguiendo acusaciones de corrupción desde 1976, la Abscam del FBI y la Operación Greylord tuvieron mucho éxito, e incluso los gobiernos estatales se han vuelto activos en la detección de la corrupción. La conclusión oficial suele ser la siguiente: "La mayoría de los expertos creen que hoy en día hay menos corruptelas en la aplicación de la ley que en el pasado", o "en general, el mal comportamiento en el banquillo tiene hoy más posibilidades de ser corregido que nunca".⁴⁸

Ha habido numerosos escándalos de corrupción en los últimos años, pero ¿el aumento de los casos de corrupción judicial y policial es una prueba del éxito de una mayor vigilancia de la corrupción, como afirman los funcionarios, o es una prueba del aumento de la propia corrupción? Ciertamente, si la corrupción aumenta con el crecimiento del gobierno, entonces aumenta la probabilidad de que algún funcionario cometa un error que lo ponga en el punto de mira de la opinión pública y haga necesaria una investigación oficial. La Operación Greylord no fue iniciada por el FBI de la nada. La sospecha generalizada de que se arreglaban casos en el sistema judicial de Chicago hizo que la oficina del fiscal del estado pidiera ayuda al FBI.⁴⁹ Un juez que cooperó con la investigación indicó lo flagrante que se había vuelto la corrupción cuando caracterizó a muchos de los acusados como "políticos tan inteligentes como un saco de piedras".⁵⁰ La cuestión es que, a medida que aumenta la corrupción, también aumenta la probabilidad de que se produzcan escándalos y respuestas por motivos políticos. Como consecuencia, los gobiernos de todos los niveles destinarán más recursos a la detección de la corrupción. Pero destinar recursos adicionales no garantiza que se utilicen con eficacia.

Conclusiones

¿Hasta qué punto está extendida la corrupción entre los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley? Si los argumentos propuestos aquí son ciertos, entonces es imposible hacer una estimación, ya que la mayor parte de la corrupción nunca se denuncia. Sin embargo, Smith cree que su examen de los sistemas policiales de Estados Unidos revela "la influencia predominante de la corrupción".⁵¹

Por supuesto, desde algunas perspectivas, la corrupción puede no ser tan mala. Como señalan Becker y Stigler, la conveniencia de la supresión de la corrupción,

depende de si las leyes se aprueban en interés "social" o para recompensar a grupos de intereses especiales..... Por ejemplo, los sobornos que redujeran la eficacia de muchos códigos de vivienda, de las leyes de la Alemania nazi contra los judíos, o de las leyes que restringen las importaciones de petróleo, mejorarían, no perjudicarían el bienestar social (aunque no como lo define el poder legislativo).⁵²

Podemos estar mejor, por ejemplo, si los sobornos persuaden a la policía para que ignore muchas de las acciones sin víctimas que han sido criminalizadas, de modo que los recursos policiales puedan utilizarse para prevenir los delitos violentos y contra la propiedad. Y los delitos sin víctimas (prostitución, juego, narcóticos) son las áreas que parecen dominar la corrupción policial. Pero no está claro que la corrupción sea así de selectiva. Y tal vez deberíamos preocuparnos por los fundamentos morales de una sociedad que requiere de funcionarios públicos corruptos para lograr fines deseables.

NOTAS

- 1 Time, 26 de julio de 1982, p. 17; Newsweek, 7 de febrero de 1983, p. 59; Time, 7 de abril de 1984, p. 64; Newsweek, 10 de febrero de 1986, p. 68; New York Times, 16 de enero de 1986, p. 1.
- 2 Este capítulo se basa en gran medida en Bruce L. Benson, "A Note on Corruption of Public Officials: The Black Market for Property Rights", *Journal of Libertarian Studies* 5 (verano de 1981): 305-311; Benson y John Baden, "The Political Economy of Government Corruption: The Logic of Underground Government", *Journal of Legal Studies* 14 (junio de 1985): 391-410. Véase también Benson, "Corruption in Law Enforcement: One Consequence of the Tragedy of the Commons' Arising with Public Allocation Processes", *International Review of Law and Economics* 8 (junio de 1988): 73-84; Benson, "An Institutional Explanation for Corruption of Criminal Justice Officials", *Cato Journal* 8 (Primavera/Verano 1988): 139-163.
- 3 Benson, "A Note on Corruption of Public Officials".
- 4 John Gardiner y Theodore Lyman, *Decisions for Sale: Corruption and Reform in Land-Use and Building Regulation* (Nueva York: Praeger, 1978).
- 5 Whitman Knapp, Presidente, *The Knapp Commission Report on Police Corruption* (Nueva York: George Braziller, 1972), p. 68.
- 6 Thomas Shelling, "¿Cuál es el negocio del crimen organizado?" *American Scholar* 40 (otoño de 1971): 643-652; Paul Rubin, "The Economic Theory of the Criminal Firm", en *The Economics of Crime and Punishment*, ed. S. Rottenberg (Washington, D.C.: American Enterprise Institute, 1979); Annelise Anderson, *The Business of Organized Crime* (Stanford: Hoover Institute Press, 1979).
- 7 Harold Demsetz, "¿Por qué regular los servicios públicos?" *Journal of Law and Economics* 11 (abril de 1968): 55-65.
- 8 Knapp, *The Knapp Commission Report on Police Corruption*, p. 68.
- 9 Charles R. Ashman, *The Finest Judges Money Can Buy* (Los Ángeles: Nash Publishing, 1973), p. 11.
- 10 Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Analysis", *Journal of Political Economy* 78 (marzo/abril de 1968): 526-536. Véase el apéndice del capítulo 10 para un análisis detallado.
- 11 Richard Lacayo, "Juzgando a los jueces: A Spate of Legal Trouble for the Judiciary", *Time*, 20 de enero de 1986, p. 66.
- 12 Gardiner y Lyman, *Decisions for Sale*.
- 13 Knapp, *The Knapp Commission Report on Police Corruption*, p. 75.
- 14 Kurt Anderson, "Un verdadero príncipe de la ciudad: In Chicago, a Cop Goes Undercover to Crack a Police Dope Ring", *Time*, 26 de julio de 1982, p. 17.
- 15 Aric Press y Mark Starr, "The Friends of David T: A Prosecutor on Trial", *Newsweek*, 10 de febrero de 1986, p. 68.
- 16 Knapp, *The Knapp Commission Report on Police Corruption*, pp. 2-3.
- 17 Lacayo, "Sentencia sobre los jueces", p. 66.
- 18 Ted Gest, "Crackdown on Judges Who Go Astray", *U.S. News and World Report*, 28 de febrero de 1983, p. 42.
- 19 Knapp, *The Knapp Commission Report on Police Corruption*, p. 2.
- 20 Por ejemplo, véase Lawrence W. Sherman, ed., *Police Corruption: A Sociological Perspective* (Garden City, N.Y.: Anchor Books, 1974); Sherman, *Controlling Police Corruption* (Washington, D.C.: National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, Law Enforcement Assistance Administration, 1978).
- 21 Knapp, *The Knapp Commission Report on Police Corruption*, pp. 6-7.
- 22 Lacayo, "Juzgando a los jueces", p. 66.
- 23 Knapp, *The Knapp Commission Report on Police Corruption*, p. 61.
- 24 Un funcionario honesto puede incluso convertirse en un objetivo de venganza. Véase *ibid.*, p. 197.
- 25 *Ibidem*, p. 3.
- 26 Bruce L. Benson, "¿Por qué las comisiones del Congreso están dominadas por legisladores de alta demanda?" *Southern Economic Journal* 48 (julio de 1981): 68-77; Benson, "High Demand Legislative Committees and Bureaucratic Output", *Public Finance Quarterly* 11 (julio de 1983): 259-281; Isaac Ehrlich y Richard Posner, "An Economic Analysis of Legal Rule-Making", *Journal of Legal Studies* 3 (enero de 1974): 257-286; W. Mark Crain, "Cost and Output in the Legislative Firm", *Journal of Legal Studies* 8 (junio de 1979): 607-621.
- 27 Mark Starr y Michael Reese, "Stinging the Chicago Courts", *Newsweek*, 22 de agosto de 1983, p. 21.
- 28 Knapp, *The Knapp Commission Report on Police Corruption*, p. 14.
- 29 *Ibidem*, p. 5.
- 30 Sherman, *Controlling Police Corruption*, p. 6.
- 31 Starr y Reese, "Stinging the Chicago Courts", p. 21.
- 32 Gest, "Crackdown on Judges Who Go Astray", p. 42.
- 33 Knapp, *The Knapp Commission Report on Police Corruption*, p. 257.

34. Ver Smith, *Police Systems in the United States*, pp. 5-6.
35. Knapp, *The Knapp Commission Report on Police Corruption*, p. 61.
36. *Ibidem*, p. 61.
37. En 1984, 1912, 1932, 1950 y 1972. Véase *ibid.*, pp. 61-64.
38. Véase Beigel y Beigel, *Beneath the Badge*.
39. Anderson, "A True Prince of the City", p. 17.
40. Ashman, "The Finest Judges Can Buy" (Los mejores jueces que el dinero puede comprar), p. 6.
41. *Ibidem*, p. 173.
42. Gest, "Crackdown on Judges Who Go Astray", p. 42.
43. *Ibid.*
44. *Ibid.*
45. Véase, por ejemplo, Ashman, *The Finest Judges Money Can Buy*, p. 202.
46. Knapp, *The Knapp Commission Report on Police Corruption*, p. 266.
47. *Ibidem*, pp. 252-253.
48. Ver "Corruption Is Still a Fact of Life", *U.S. News and World Report*, 1 de noviembre de 1982, p. 46; Gest, "Crackdown on Judges Who Go Astray", p. 42.
49. Starr y Reese, "Stinging the Chicago Courts", p. 21.
50. *Ibid.*
51. Smith, *Police Systems in the United States*, p. 13.
52. Gary S. Becker y George J. Stigler, "Law Enforcement Malfeasance and Compensation of Enforcers", *Journal of Legal Studies* 3 (enero de 1974):

TERCERA PARTE

EL RESURGIMIENTO DE LAS
ALTERNATIVAS PRIVADAS

CAPÍTULO 7

CONTRATACIÓN DE ORDEN Y JUSTICIA

Conforme el coste de los servicios públicos locales ha ido subiendo, un numero creciente de autoridades públicas locales se encuentran con una considerable resistencia al aumento de los impuestos.¹ Los costes están creciendo más aprisa en el sector publico que en cualquier otro sector importante de la economía (salvo la construcción),² y las autoridades locales están viéndose forzadas a buscar alternativas que les permitan proveer, de forma más eficiente, los bienes y servicios que los diversos grupos de interés demandan y se han acostumbrado a esperar. Una opción que ha recibido una atención generalizada es la de contratarlo; con empresas privadas.

El interés por contratar la prestación de diversos bienes y servicios ha aumentado merced a varios estudios bien publicitado, cuyos autores dan a entender que las empresas privadas con animo de lucro pueden suministrar bienes y servicios de igual o superior calidad, con un ahorro importante de costes respecto a la producción del sector público.³ Por ejemplo, los ahorros contrastados en los costes alcanzan hasta el 50 por ciento para el servicio de bomberos de Scottsdale, Arizona.⁴ El promedio nacional de ahorro obtenido en la recogida de basuras, en ciudades de más de 50.000 habitantes, es del 40%. El condado de Orange, California, ha ahorrado un 33% en el procesamiento de datos, y existen economías entre el 10 y el 20% en servicios tales como la poda de árboles, pavimentación y conservación de parques.⁵ En términos generales, cualquier actividad que desarrollan las administraciones locales esta siendo contratada por alguna ciudad en alguna parte; tal es el caso, por ejemplo, del servicio de bomberos, los servicios médicos complementarios y ambulancias, la construcción y el mantenimiento de carreteras, el abastecimiento de agua, parques y servicios recreativos, recogida de basuras, gestión de impuestos, servicios de policía y prisiones. Desde 1980, la pregunta de si la administración local debería contratar o no sus servicios está... siendo sustituida por otra. ¿en que medida debe impulsarse la contratación?⁶

La mayor parte de las contrataciones realizadas por las administraciones locales se han referido a "servicios profesionales y domésticos", como los prestados por empresas de arquitectura, ingeniería y asesoría jurídica, así como a la construcción de calles, el mantenimiento y la reparación de calles y edificios, la recogida de basuras y la eliminación de residuos.⁷ La contratación de la policía privada no ha sido aceptada tan rápidamente.⁸ Pero la idea de contratar servicios policiales está empezando a imponerse. Unas pocas comunidades pequeñas han contratado servicios policiales completos, y muchas más han optado por la contratación parcial de servicios de seguridad especializados, como patrullas de parques, guardias de proyectos de viviendas públicas y patrullas.

Una historia similar puede contarse en el ámbito penitenciario. El aumento récord de la población reclusa y de los presupuestos ha obligado a los administradores locales, estatales y federales a considerar la posibilidad de contratar a empresas privadas.⁹ La población penitenciaria del país aumentó en un tercio entre 1978 y 1982, y las poblaciones penitenciarias estatales y federales aumentaron aproximadamente un 74% entre 1979 y 1986.¹⁰ Según recientes sentencias judiciales, entre el 60% y el 80% de las cárceles y prisiones del país están "superpobladas".¹¹ A medida que aumentan los costes de las prisiones, aumenta el descontento-

-to de los contribuyentes con el sistema penitenciario.¹² Consideran que las prisiones son ineficaces y costosas, con altas tasas de reincidencia y de reincidentes, y los críticos piden reformas e innovaciones. Pero como concluye Peter Greenwood en su estudio sobre el sistema penitenciario, "cuando se buscan innovadores no se mira al gobierno; se mira a las empresas".¹³

Nivel y alcance actual de la contratación

Las unidades gubernamentales están empezando a reconocer los beneficios potenciales de la privatización parcial de la empresa de derecho. Considere la siguiente información sobre el nivel de contratación.

Servicios policiales. En 1972, una encuesta reveló que ninguna ciudad contrataba directamente con una empresa privada todos los servicios policiales, y menos del uno por ciento de las ciudades encuestadas trataban con empresas privadas para funciones de subservicio como los laboratorios de criminalística.¹⁴ En la actualidad, muchas administraciones locales contratan a empresas privadas para determinadas funciones policiales tradicionales. Por ejemplo, Wackenhut, Inc. ha proporcionado patrullas para parques y zonas de recreo a San Petersburgo, Florida, durante las horas de mayor vandalismo. A partir de 1970, una patrulla de Wackenhut, compuesta por cuatro hombres y con una duración de veinticuatro horas, se encargó de la seguridad de un proyecto de viviendas públicas en Lexington, Kentucky. Wackenhut recibió un premio al "mérito de la seguridad" de Lexington en reconocimiento al hecho de que no se denunció ningún delito en la zona después de que se instituyeran las patrullas privadas.¹⁵ La empresa también proporciona servicios policiales completos al aeropuerto de Tampa y seguridad previa a la salida en varios otros aeropuertos. Wackenhut proporciona toda la fuerza policial para el sitio de pruebas nucleares de Nevada, de 1.600 millas cuadradas, de la Administración de Investigación y Desarrollo de Energía.¹⁶ La empresa tiene un acuerdo similar con el Centro Espacial Kennedy de Florida, donde también presta servicios de bomberos y rescate.

Muchas otras empresas también están entrando en el negocio de la policía. Houston (Texas) contrató a una empresa privada para vigilar su ayuntamiento.¹⁷ IBI Security Services, Inc., que ha trabajado para varias asociaciones de vecinos de la zona de Nueva York desde principios de los años 70, contrató con el distrito escolar de Suffolk (Nueva York) servicios de patrulla escolar. El condado de Maricopa, en Arizona, contrató a la policía mercantil de Mesa para los servicios de seguridad de los edificios de la administración del condado, del tribunal superior, de ingeniería mecánica y del departamento de carreteras, así como del hospital general.¹⁸

Los servicios de investigación policial también se han contratado a empresas privadas. A mediados de la década de 1960, el gobernador de Florida, Claude Kirk, no estaba satisfecho con el rendimiento del sistema público de justicia penal en su programa de "guerra contra el crimen organizado", por lo que encargó a Wackenhut que librara la "guerra".¹⁹ El contrato de 500.000 dólares duró aproximadamente un año y dio lugar a más de 80 acusaciones penales; muchos de los detenidos eran políticos locales y empleados del gobierno. En 1973, Multi-State, Inc. comenzó a "alquilar" agentes de estupefacientes cualificados a las fuerzas policiales de pequeñas ciudades de Ohio y Virginia Occidental.²⁰ Fundada por un antiguo jefe de policía de Columbus (Ohio), la empresa empleaba a trece antiguos policías con experiencia en narcóticos como agentes "encubiertos". En sus primeros meses de funcionamiento, Multi-State fue responsable de más de 150 detenciones y de la incautación de unos 200.000 dólares en drogas.

Uno de los acuerdos policiales por contrato más antiguos es el de San Francisco. La zona norte de la ciudad cuenta con 62 "rondas policiales privadas" que son "propiedad" de "especialistas en patrullaje" privados.²¹ Todos los policías han completado la formación de la academia y tienen pleno derecho a llevar armas de fuego y realizar detenciones, pero no reciben ninguna ayuda pública. Son pagados por los negocios, propietarios y caseros de su "ronda". Cada patrullero adquiere una ronda de su anterior propietario y negocia contratos con cada uno de los propietarios que desean adquirir sus servicios. El nivel de atención que requiere un cliente determina la tarifa. Al describir este sistema, Robert Poole señaló que "el sistema de San Francisco ofrece así una gran diversidad de servicios policiales, adaptados a las necesidades de los clientes individuales que pagan por lo que quieren".²² En 1979, estos policías privados vigilaban la casa de un veraneante, giraban las luces de la casa y recogían los papeles y el correo por entre 10 y 20 dólares al mes; una casa de apartamentos grande podía tener hasta seis inspecciones nocturnas por 450 dólares al mes. Los pequeños comercios pagaban tan sólo 35 dólares al mes.

Tal vez la novedad más intrigante de los últimos años sea la contratación de servicios policiales completos por parte de las comunidades. En 1975, Oro Valley, Arizona, contrató los servicios policiales con Rural/Metro Fire Department, Inc.²³ Guardsmark, Inc. comenzó a prestar servicios policiales completos a Buffalo Creek, Virginia Occidental, en 1976.²⁴ Wackenhut tenía contratos con tres jurisdicciones distintas de Florida en 1980.²⁵ Reminderville, Ohio, contrató servicios policiales con Corporate Security, Inc. en 1981.²⁶ La contratación de servicios policiales es cada vez más atractiva, ya que las comunidades han empezado a reconocer sus ventajas en términos de ahorro de costes y mejora de la calidad del servicio.

Centros penitenciarios. Tal vez el aspecto más utilizado y de más rápido crecimiento de la contratación en el ámbito de la aplicación de la ley sea el de los centros penitenciarios. Desde 1979, la Oficina Federal de Prisiones ha contratado la totalidad de sus 300 centros de reclusión, y varios estados están contratando una parte o la totalidad de sus programas de reclusión.²⁷ En 1985, 32 estados tenían instalaciones comunitarias no seguras (por ejemplo, centros de reinserción social, hogares de grupo, centros de tratamiento comunitario) bajo contrato.²⁸ En ese mismo año, aproximadamente 34.080 delincuentes juveniles estaban recluidos en casi 1.996 centros de gestión privada en todo el país. Hasta ahora, la mayor parte de la contratación de servicios penitenciarios ha sido para centros de menores y servicios de apoyo para adultos, y varias empresas con ánimo de lucro participan en estos mercados (aunque la mayoría de estos centros son gestionados por organizaciones privadas sin ánimo de lucro). Pero casi todos los aspectos de los centros penitenciarios, incluidos los servicios de alimentación, el asesoramiento, el programa industrial, el mantenimiento, la seguridad, la educación y la formación profesional, se contratan con empresas privadas de forma fragmentaria.²⁹ Sin embargo, lo más significativo es el paso a instituciones de alta seguridad de propiedad y gestión privadas. El primer acuerdo de este tipo fue con RCA, que en 1975 estableció una unidad de tratamiento intensivo de alta seguridad para 20 menores en Weaversville, Pennsylvania; en 1983, había 73 centros juveniles privados con sistemas de seguridad (guardias y/o equipos de seguridad).³⁰ Behavioral Systems Southwest, la primera empresa que gestionó un gran centro de detención de adultos, gestiona actualmente instalaciones de mínima seguridad para 600 a 700 extranjeros ilegales para el Servicio de Inmigración y Naturalización en San Diego y Pasadena, California, así como en Arizona.³¹ La empresa también tenía un contrato para un centro en Aurora, Colorado, pero el contrato finalizó en 1987 cuando Wackenhut consiguió un contrato para construir un nuevo centro allí. Behavioral Systems Southwest también tiene pequeños contratos con los U.S. Marshalls y la Oficina Federal de Prisiones.

En 1985, la Oficina Federal de Prisiones adjudicó un contrato a Palo Duro Private Detention Services para una prisión de mínima seguridad con 575 camas para extranjeros ilegales. Corrections Corporation of America, Inc. formada en 1983, tenía dos instalaciones en funcionamiento en agosto de 1984, y 13 instalaciones en cinco estados con 3.215 camas a mediados de 1988.³² Sus dos primeros contratos fueron para un centro de menores con 35 camas en Memphis y una cárcel de mínima seguridad con 350 camas en Houston para el Servicio de Inmigración y Naturalización (INS). En 1985, la empresa recibió un segundo contrato del INS para una instalación en Laredo, Texas, con una población diaria de 175 personas.³³ En la actualidad encarcela a delincuentes extranjeros para la Oficina Federal de Prisiones, gestiona un centro de seguridad media con 250 camas para el condado de Hamilton (Tennessee) y la cárcel del condado de Bay en la ciudad de Panamá (Florida), y administra el centro de detención de Santa Fe. El 1 de julio de 1988, CCA recibió un contrato del estado de Nuevo México para diseñar, financiar, construir y gestionar una prisión que albergará a todas las mujeres delincuentes del estado, convirtiéndose en la primera prisión estatal privada de seguridad mínima a máxima de la historia reciente. Del mismo modo, Southwest Detention Facilities es propietaria y gestora de cárceles de condado en Texas y Wyoming desde septiembre de 1985. El 6 de enero de 1986, U.S. Corrections Corporation abrió una prisión privada en el condado de Marian, Kentucky, como institución de mínima seguridad para reclusos próximos a la libertad condicional.³⁴ En 1987, las empresas privadas recluyeron a unos 1.200 adultos sólo para los gobiernos estatales y locales (y muchos más fueron recluidos para el gobierno federal), y doce estados contaban con instalaciones juveniles de gestión privada.³⁵

El gobierno ha impedido una privatización aún más rápida de las prisiones. Buchingham Security quería construir una cárcel "interestatal" de 716 camas en Lewisburg, Pensilvania, para los presos con custodia protectora de varias jurisdicciones gubernamentales.³⁶ Se estaban llevando a cabo negociaciones con diecisiete estados, y en abril de 1984 la empresa tenía cartas de intención para más presos de los que había previsto. El proyecto habría costado unos 20 millones de dólares y contaba con un amplio apoyo de la comunidad, pero fue abandonado tras la derrota de la legislación de habilitación en la legislatura de Pensilvania. Del mismo modo, cuando Corrections Corporation of America propuso hacerse cargo de todo el sistema penitenciario de Tennessee, los legisladores del estado rechazaron la oferta a pesar del importante ahorro de costes.

A pesar de estos contratiempos, Philip Fixler, Jr. sostiene que

que la construcción y explotación de prisiones privadas es el siguiente paso lógico en una evolución ordenada. Las empresas privadas han demostrado su capacidad prestando primero servicios de mantenimiento y apoyo, como el transporte de los presos y la atención médica, para luego pasar a los centros de reclusión y a los centros de detención, y ahora aceptar la responsabilidad de gestionar las instalaciones de alta seguridad.³⁷

Servicios judiciales. No he podido encontrar ejemplos de contratación completa en el ámbito de los servicios judiciales. Por el contrario, se está generalizando una privatización más completa (por ejemplo, arbitraje, mediación, tribunales privados). Sin embargo, existe la contratación de lo que podría llamarse servicios de apoyo judicial. En febrero de 1980, por ejemplo, se adjudicó a un bufete de abogados de Pomona, California, un contrato para prestar al tribunal municipal servicios de defensa pública.³⁸ El contrato abarcaba cientos de casos al año en los que la oficina del defensor público no podía representar a un acusado, principalmente por conflicto de intereses. Antes del contrato, estos casos habían sido tramitados por abogados de

oficio que cobraban por horas y no tenían incentivos para conservar de forma eficiente el tiempo asignado a los casos. Sin embargo, el ganador de la licitación de un estudio piloto de 1978 aceptó el pago en función del volumen de casos. Durante los primeros ocho meses de funcionamiento, el coste medio del bufete por caso fue de 205 dólares, frente a los 800 dólares de coste medio del sistema anterior.³⁹

En realidad, los abogados defensores privados desempeñan las funciones de los defensores públicos con bastante regularidad, pero sobre una base menos formal que un acuerdo contractual. Una práctica habitual, por ejemplo, es que los abogados defensores privados representen a los acusados cuando existe un conflicto entre varios delincuentes.

Los acuerdos suelen hacerse caso por caso con diferentes bufetes, lo que aparentemente proporciona una forma de que los abogados jóvenes adquieran experiencia.⁴⁰

Los beneficios derivados de la contratación

¿Por qué debería haber diferencia entre la calidad y los costes de los servicios prestados por empresas privadas y por oficinas públicas? El Instituto para la Autonomía Local ha descartado la contratación externa de servicios policiales completos por considerarla inviable, ya que "no existen métodos secretos, sólo conocidos por el sector privado, para gestionar un departamento de policía completo".⁴¹ Pero los incentivos a los que se enfrentan los burócratas públicos son muy diferentes a los de los productores privados. Como observó Robert Poole, "lo que esta afirmación ignora alegremente es el papel de los incentivos a la hora de afectar a las opciones que acaban tomando los responsables de la toma de decisiones."⁴² No es una diferencia de conocimientos, ni siquiera de deseos, lo que genera las diferencias de costes.

En un sistema de mercado dominado por la empresa privada, el principal garante de la calidad del producto, el principal incentivo para las operaciones eficientes y la principal fuerza que opera para mantener los precios razonablemente cerca de los costes de producción son la competencia junto con el motivo del beneficio. Una de las principales objeciones al funcionamiento de las burocracias gubernamentales radica en su tendencia a despreciar y anteponer su propia conveniencia a las necesidades y deseos de su clientela, lo que se atribuye a su vez a la ausencia de cualquier contrapartida al ánimo de lucro.⁴³

Los incentivos a los que se enfrentan los burócratas suelen llevar a los gestores de las oficinas a esforzarse por ampliar sus presupuestos y su poder, preocupándose relativamente poco por la eficiencia.

Algunos sostienen que las empresas privadas tienen incentivos similares. Ellas también quieren expandirse y prosperar, por lo que buscan el poder económico. Pero hay una diferencia muy importante. Los deseos de las empresas privadas de ampliar su poder están limitados por dos factores: 1) deben producir algo que los consumidores estén dispuestos a comprar a un precio que los consumidores estén dispuestos a pagar, y 2) deben competir por la atención de los consumidores en un mercado con otras empresas que ofrecen bienes o servicios similares. Las empresas privadas deben persuadir a los consumidores para que compren su producto, mientras que el gobierno puede coaccionar a los contribuyentes para que compren algo que no desean. Cuando el poder coercitivo y los incentivos de un burócrata se suman a las rigideces de la mayoría de los sistemas de empleo de los funcionarios, las ineficiencias de la producción gubernamental no son demasiado sorprendentes. La pregunta es: ¿Pueden aprovecharse los incentivos y las presiones competitivas del sistema de mercado mediante la contratación externa para evitar las ineficiencias burocráticas? Sí, es posible, y es probable que los beneficios sean significativos.

En 1980, Reminderville (Ohio) y el municipio circundante de Twinsburg contrataron a una empresa de seguridad privada. El acuerdo se hizo tras un intento del Departamento del Sheriff del Condado de Summit de cobrar a la comunidad 180.000 dólares al año por un servicio de respuesta a emergencias y una patrulla ocasional. Por 90.000 dólares al año, Corporate Security proporcionó el doble de coches patrulla y una respuesta de emergencia de seis minutos (el departamento del sheriff ofrecía un tiempo de respuesta de 45 minutos). La empresa aceptó seleccionar a los candidatos capacitados y certificados por el estado para los puestos de policía, de modo que el pueblo pudiera elegir entre los candidatos. Corporate Security pagaba los salarios de los siete agentes, proporcionaba y mantenía dos coches patrulla, mantenía los equipos eléctricos, de comunicaciones y de radar del departamento, y se hacía cargo del seguro de automóvil y de responsabilidad civil del cuerpo.⁴⁴ La Asociación de Jefes de Policía de Ohio ha cuestionado este acuerdo, pero no ha podido encontrar nada en la legislación de Ohio que lo impida. La comunidad está satisfecha con su cuerpo de policía privado y no se han registrado quejas ni denuncias.

En Oro Valley (Arizona) se creó en 1975 un cuerpo de policía similar, pero aún más privado. En Reminderville, los funcionarios del pueblo contrataron, despidieron, disciplinaron y organizaron el cuerpo de policía, pero Rural/Metro Fire Department, Inc. (que proporciona protección contra incendios a aproximadamente el 20% de la población de Arizona), asumió la responsabilidad de la gestión completa de las operaciones del cuerpo de policía de Oro Valley. Rural/Metro llevaba todos los registros exigidos por el estado y decidía qué equipamiento y cuántos agentes se necesitaban, qué salarios pagar y cuándo utilizar personal no policial (por ejemplo, para poner multas de aparcamiento y dirigir el tráfico), todo ello por 35.000 dólares al año. Como consecuencia de las políticas establecidas por el jefe de policía de Rural/Metro (por ejemplo, controles dos veces al día de los hogares cuyos residentes estaban fuera), los índices de robos en la ciudad de 3,5 millas cuadradas descendieron de 14 a 0,7 al mes y se mantuvieron en ese nivel.⁴⁵

El acuerdo Oro Valley-Rural/Metro fue impugnado por el Consejo Asesor de Agentes de la Ley de Arizona, que argumentó que, según la legislación de Arizona, un empleado de una empresa privada no podía ser agente de policía. Rural/Metro no pudo asumir los elevados gastos judiciales que requería la impugnación, por lo que en 1977 se puso fin al acuerdo. En 1982, el presupuesto de la policía de Oro Valley era de 241.000 dólares, "una operación policial típica con costes típicos".⁴⁶

El ahorro de costes se debe a que las empresas privadas con ánimo de lucro que compiten por los contratos públicos tienen fuertes incentivos para controlar los costes y evitar los medios de producción innecesariamente caros. Por ejemplo, un vicepresidente de Corrections Corporation of America señaló "Podemos... obtener mejores precios de los contratistas. Los contratistas siempre cobran más dinero al gobierno".⁴⁷ La operación policial de Reminderville de Corporate Security compró un radar Kustom HR-12 de segunda mano por 350 dólares en lugar de uno nuevo de 2.600 dólares.⁴⁸ También utilizaron coches patrulla de un solo hombre (a diferencia de muchos cuerpos de policía públicos), que según los estudios son más rentables que los coches de dos hombres.

Quizá la principal fuente de ahorro de la contratación externa sean los costes laborales. Incluso en los centros penitenciarios, el 70% de los costes totales a lo largo de la vida útil de una prisión corresponde a la dotación de personal.⁴⁹ Corrections Corporation of America informó de que, al no estar restringidos por las normas de la administración pública, pueden pagar menos en salarios que las agencias gubernamentales contratando mano de obra no sindicalizada. Pero el ahorro en mano de obra va más allá de evitar los sindicatos de empleados públicos. "Podemos

construir prisiones por casi nada diseñándolas para que necesiten menos personal", informó D. A. Wolfberg, de Metro Support Services, en Miami.⁵⁰ Travis Snelling, vicepresidente de Corrections Corporation of America, lo explicó en el programa 60 Minutes de la CBS:

El mayor gasto en los centros penitenciarios es el personal, y el área de personal está en función de las buenas prácticas penitenciarias y también del diseño del edificio en el que se trabaja. Por ejemplo, para un puesto -y eso es la jerga de los correccionales- en el que hay que tener a alguien haciendo una función las 24 horas del día en un punto determinado de la institución, eso va a suponer cinco personas y pico por puesto. Si se puede eliminar un puesto mediante el diseño arquitectónico, sólo uno, se ahorrarán más de 100.000 dólares en un mercado determinado, en lo que respecta al coste de la mano de obra. Por lo tanto, si usted tiene una gran instalación, y usted puede eliminar uno o dos o tres puestos puede empezar a ver ese tipo de ahorros comienzan a acumularse.⁵¹

Una de las razones por las que la producción de servicios gubernamentales por parte de empresas privadas bajo contrato es más rentable es su flexibilidad. Fitch argumentó que una de las razones del descontento con la prestación de servicios de control de la delincuencia por parte de los gobiernos locales (y de muchos otros servicios) es que las unidades gubernamentales no son capaces de responder rápidamente a las demandas cambiantes. Esta incapacidad se debe, al menos en parte, a "la inflexibilidad política y organizativa de muchos gobiernos locales".⁵² Los funcionarios de San Petersburgo, Florida, respondieron al aumento del vandalismo en sus parques e instalaciones recreativas contratando a una empresa privada en lugar de añadir más policía municipal, tanto porque era rentable como porque sería más fácil poner fin a un contrato privado cuando disminuyera la necesidad que reducir el número de policías públicos.⁵³

Esta flexibilidad ha sido una consideración especialmente importante en la contratación de servicios penitenciarios. En 1975, por ejemplo, el fiscal general de Pensilvania informó a los funcionarios de los centros penitenciarios de que no podían mantener a los delincuentes juveniles más duros en las prisiones estatales. El sistema institucional público del estado no pudo responder rápidamente a este dilema, por lo que "pidieron ayuda a la RCA, que en ese momento estaba contratando con el estado para ofrecer programas educativos a los delincuentes. La RCA puso en marcha Weaversville [donde los peores delincuentes de Pensilvania siguen estando bajo la supervisión de la RCA] en un edificio de propiedad estatal en tan sólo 10 días y fue recompensada con un contrato para gestionarlo".⁵⁴ Corrections Corporation of America recibió su contrato para las instalaciones del Servicio de Inmigración y Naturalización de Houston porque podía construir en siete meses lo que el gobierno gastaría dos o tres años y millones de dólares en planificar.⁵⁵ Cuando la Oficina Federal de Prisiones contrató su nueva instalación de seguridad media en 1985, un portavoz de la Oficina señaló

En lugar de construir nuestra propia institución para algo que podría ser un fenómeno temporal, decidimos no correr el riesgo. Además, tardamos dos o tres años en ubicar y construir un lugar. Se trata de una necesidad inmediata, que el sector privado se ha ofrecido a cubrir. Si en algún momento ya no necesitamos el lugar, podemos rescindir el contrato.⁵⁶

Es mucho más difícil "rescindir el contrato" con un sindicato de empleados públicos y cerrar una instalación de propiedad pública.

La relativa flexibilidad de las empresas privadas también se refleja en una mayor probabilidad de innovación. El afán de lucro, reforzado por la amenaza de la competencia por los contratos, lleva a las empresas privadas a buscar ahorros de costes e innovaciones que mejoren la calidad. Como señaló Lou Witzman, presidente del Departamento de Bomberos

Rural/Metro de Arizona, Inc: "Tenemos el mayor incentivo del mundo para innovar, ser pioneros, analizar cada pequeño paso. Pura supervivencia".⁵⁷ Cuando las empresas tienen que competir cada uno o dos años para renovar sus contratos, deben buscar formas de mantener el coste (y, por tanto, el precio) de sus servicios más bajo que el de sus posibles competidores, pero deben seguir obteniendo beneficios. Por tanto, tienen enormes incentivos para buscar innovaciones que reduzcan los costes. Además, si una empresa ofrece mejores servicios que sus competidores potenciales a costes similares, estará en una posición fuerte para la renovación de contratos y para obtener nuevos contratos en otros lugares.

Pensemos en las instalaciones del Instituto Marino Asociado para delincuentes juveniles "graves" en Florida. El Instituto ha puesto en marcha lo que se considera un programa "único" que implica un proceso de cuatro fases para aumentar los privilegios de los delincuentes en función de su buen comportamiento.⁵⁸ Los menores comienzan trabajando en un campamento de montaña y se ganan gradualmente su camino hacia un trabajo en la ciudad a través de un programa gradual. También se están realizando otras innovaciones. El vicepresidente de Corrections Corporation of America declaró a 60 Minutes que "llevamos comidas calientes a la gente, en lugar de llevar a la gente al clásico gran comedor, que siempre ha sido un problema de los correccionales. Y así, estamos operando... entre un 15 y un 20% por debajo de lo que es la norma nacional por día, por recluso, y les garantizo que la calidad de nuestra comida y los niveles nutricionales son iguales o mejores que en cualquier parte del país".⁵⁹

El posible ahorro de costes mediante la contratación externa también se debe a que las economías de escala difieren para los distintos servicios prestados por el gobierno. No hay razón para esperar que el tamaño óptimo de la ciudad en términos de minimizar el coste medio de producción sea el mismo para, por ejemplo, los servicios de agua, alcantarillado y policía. Y no hay razón para esperar que todos los "subsistemas" de la policía se presten a un coste mínimo por unidad para una ciudad del mismo tamaño. Incluso si lo fueran, es dudoso que la mayoría de las ciudades tengan el tamaño eficiente para producirlos. Como señaló Robert Poole "Sea cual sea el tamaño de la ciudad o del condado, no es probable que tenga el tamaño óptimo (más eficiente) para producir más de uno o dos de sus servicios públicos, si es que lo tiene".⁶⁰

La implicación es que las ciudades pueden reducir los costes comprando servicios a proveedores que produzcan a la escala eficiente de operación. Es probable que algunos servicios requieran operaciones relativamente a gran escala para alcanzar el nivel de producción que minimice los costes. En esos casos, una sola empresa puede contratar a varios clientes, tanto privados como públicos.⁶¹ Varias ciudades contratan el mantenimiento de los equipos de comunicaciones, por ejemplo, porque no tienen suficiente trabajo de mantenimiento para mantener ocupados a los empleados a tiempo completo y no pueden permitirse contratar a un especialista.⁶² Del mismo modo, varias comunidades pequeñas de Ohio y Virginia Occidental contrataron a agentes de estupefacientes profesionales de Multi-State, Inc. porque sus pequeños departamentos no podían permitirse dotar de personal a su propia división de estupefacientes con personas de aptitudes y experiencia comparables.

Otros servicios pueden producirse de forma más eficiente a escalas más pequeñas que las que necesitan las organizaciones de producción individual para dar servicio a toda una ciudad. Un ejemplo es el uso de servicios privados de grúa para retirar los coches aparcados ilegalmente. Parece que estos servicios se realizan mejor cuando los llevan a cabo varias unidades pequeñas; además, "restan cierta atención policial a tareas más importantes, tanto más cuanto que las fuerzas policiales parecen ser incapaces de manejar las funciones de remolque de forma eficiente".⁶³ La contratación externa no tiene que implicar necesariamente a las grandes empresas.

Hay muchas razones para esperar una reducción de costes como resultado de la contratación externa, y una cantidad sustancial de pruebas indica que las expectativas se cumplen. Tom Beasley, presidente de Corrections Corporation of America, señaló en el programa 60 Minutes que el centro de mínima seguridad para extranjeros ilegales de su empresa costaba 23,84 dólares al día por recluso, incluido el servicio de la deuda y los beneficios y la explotación; el mismo tipo de centro gestionado por el gobierno federal cuesta unos 34 dólares al día.⁶⁴ Pero existe cierta preocupación por el nivel de calidad de los servicios gubernamentales adquiridos al sector privado:

Muchos funcionarios locales opinan que la calidad de los servicios básicos se resentirá si la protección básica y otros servicios cruciales se prestan de forma privada. Si el objetivo de una empresa privada es maximizar el beneficio a corto plazo, el público, creen, puede no recibir un servicio adecuado.

[Por otro lado, los funcionarios elegidos tienen como objetivo básico el bien público y pueden garantizar que los servicios públicos sean prestados de forma eficiente por los organismos públicos.⁶⁵

Mark Cuniff, director de la Asociación Nacional de Planificadores de la Justicia Penal, espera que las empresas privadas que proporcionan prisiones reduzcan los costes recortando los servicios, lo que hará que la situación de las prisiones sea peor de lo que ya es.⁶⁶ Del mismo modo, Sandy Rabinowitz, de la Unión Americana de Libertades Civiles, considera que el concepto de prisiones proporcionadas por empresas privadas es "realmente aterrador". En su opinión, la alimentación y el tratamiento médico ya inadecuados en las prisiones de gestión pública no harían más que empeorar debido a los incentivos de lucro.

Estos argumentos tienen al menos dos grandes fallos. En primer lugar, muy pocas empresas son maximizadoras de beneficios a corto plazo. Esto parece ser especialmente cierto en el caso de las empresas privadas que venden servicios policiales a las administraciones públicas o que ofrecen prisiones privadas. Muchas de estas empresas llevan mucho tiempo en el negocio y pretenden seguir haciéndolo durante mucho más tiempo. Como señaló Morley Safer en el programa 60 Minutes, "no son empresas de poca monta".⁶⁷ Tienen una reputación que mantener para poder seguir atrayendo a nuevos clientes. Y lo que es más importante, es probable que tengan que competir por nuevos clientes y por la renovación de los contratos existentes. Una encuesta realizada a 89 gobiernos municipales sobre la contratación externa reveló que el criterio más utilizado para la adjudicación de grandes contratos era el rendimiento pasado documentado.⁶⁸

El segundo defecto de los argumentos contra la contratación externa es la afirmación implícita de que el objetivo de los funcionarios públicos es servir al "bien público", lo que garantiza que la producción pública generará servicios de calidad. Sin embargo, considere que en 1983, 41 estados y el Distrito de Columbia estaban bajo orden judicial para remediar las condiciones de las prisiones o estaban involucrados en litigios relacionados con las condiciones de las prisiones.⁶⁹ Si una unidad gubernamental exige un determinado nivel a una empresa privada, lo obtendrá o el contrato podrá ser anulado. Pero en las burocracias públicas, las normas de la función pública y los contratos sindicales impiden prácticamente el despido de un trabajador ineficiente, por no hablar de toda una organización de producción.

Comparar las historias de dos instituciones penitenciarias. El RCA gestiona el centro de menores de Weaversville (Pensilvania) desde 1975. Weaversville es pequeño, con una media de veinte internos a la vez. Se asemeja a un dormitorio universitario, y "a diferencia de muchas

instituciones juveniles, es limpio, tranquilo y relajado".⁷⁰ Entre los treinta miembros del personal hay psicólogos, asistentes sociales y profesores, algunos de los cuales son especialistas en educación de recuperación. Hay sesiones diarias de terapia de grupo y visitas regulares de las familias para sesiones de asesoramiento.

"Weaversville está mejor dotado de personal, organizado y equipado que cualquier otro programa de su tamaño que yo conozca", afirma James Finckenauer, profesor de justicia penal de la Universidad de Rutgers que ha estudiado programas de delincuencia en todo el país. Cree que el hecho de que el centro sea de gestión privada ayuda: "En muchas instituciones públicas, uno se encuentra con que el personal tiene la actitud de que sólo está allí para hacer un trabajo y marcharse al final del día. En Weaversville hay gente que ve su trabajo como algo más amplio".⁷¹

Contrasta Weaversville con la Florida School for Boys de Okeechobee. La escuela fue adquirida por el estado en 1982 por la Fundación Jack y Ruth Eckerd, una empresa sin ánimo de lucro que había estado llevando a cabo programas de "experiencia en la naturaleza" para niños con problemas durante varios años. La Fundación esperaba hacer un mejor trabajo que el Estado y trató de hacer mejoras en las instalaciones. Se pintaron y remendaron los edificios descuidados, se mejoró la alimentación, se repararon los aseos y las mamparas rotas y se sustituyó el equipo deteriorado. La Fundación aportó 280.000 dólares para sueldos en 1984 con el fin de atraer mejor personal y compró zapatos para los reclusos y terminales de ordenador para el programa educativo.⁷² Pero aunque el centro mejoró claramente en relación con lo que había sido bajo el control del estado, la Unión Americana de Libertades Civiles y una coalición de otros grupos presentaron una demanda contra el estado de Florida por las "condiciones crueles y abusivas de confinamiento" en Okeechobee.⁷³ Las acusaciones incluían el hacinamiento, las condiciones insalubres, la alimentación y la ropa inadecuadas para los reclusos, la escasa seguridad que provocaba agresiones sexuales y palizas a los reclusos, y la atención médica y el asesoramiento psicológico inadecuados.

La Fundación Eckerd no fue nombrada en la demanda, "ni la mayoría de los críticos de la escuela culpan a la Fundación por las supuestas condiciones allí. Los críticos dicen que Eckerd ha heredado los frutos de las anticuadas y duras políticas del estado hacia los delincuentes, políticas que dificultan la gestión de un centro decente."⁷⁴ Florida financiaba a Eckerd con menos de la mitad del dinero por cada recluso que Pensilvania daba a la RCA para el centro de Weaversville. Además, el estado utilizaba Okeechobee como "vertedero", enviando allí a delincuentes primerizos, a delincuentes graves y a un "número grande y creciente" de delincuentes retrasados y gravemente perturbados.⁷⁵ El senador estatal Don Childers concluyó: "No creo que haya nada que Eckerd pueda hacer que tenga un efecto significativo si no controlan el presupuesto y no controlan a quién se envía".⁷⁶ Está claro que los servicios de calidad deben pagarse, incluso cuando el beneficio no es la fuerza que motiva la producción de los servicios.

Esto nos lleva a otra ventaja de la contratación externa. La empresa contratante comparte parte del riesgo de responsabilidad que podría surgir en una demanda por daños y perjuicios, lo que supone claramente una ventaja para los contribuyentes. Un representante de Corrections Corporation of America declaró a 60 Minutes que "no hay forma de que... ninguna entidad gubernamental pueda eludir completamente su responsabilidad en lo que respecta a cualquier acción que llevemos a cabo, ya sea a través de la contratación o de la explotación de las instalaciones. Pero si nos demandan, nuestros abogados nos defenderán en esa demanda. Si se conceden daños y perjuicios, éstos correrán a cargo de Corrections Corporation of America y, de este modo, reduciremos la exposición a la responsabilidad de su estado".⁷⁷ Esto beneficia también a cualquier persona perjudicada por una empresa contratada, ya que muchas entidades

gubernamentales y sus empleados están protegidos de la responsabilidad por determinadas acciones.

Las principales ventajas que se obtienen de la contratación externa se generan prácticamente todas (excepto, quizá, las economías de escala) debido a los incentivos a los que se enfrentan las empresas privadas. La competencia es la salvaguarda automática del proceso de mercado que obliga a los individuos interesados a utilizar eficazmente los recursos que controlan. Hay pocas dudas de que esa competencia pueda existir. Como señaló Savas, "en las condiciones adecuadas, los contratistas potenciales competirán vigorosamente por este negocio [de contratos públicos]".⁷⁸ Cuando el tribunal municipal de Pomona, California, solicitó ofertas para los servicios de defensa pública, respondieron siete empresas.⁷⁹ En el ámbito de las prisiones por contrato, ya hay "una serie de competidores enérgicos".⁸⁰ A Fisk, et al. le preocupa que no existan niveles razonables de competencia en el proceso de contratación porque "existen pocas empresas privadas, si es que existe alguna, para prestar [ciertos servicios]... en la mayoría de los lugares",⁸¹ pero si el mercado es atractivo (rentable), muchas empresas intentarán entrar. No es necesario que se trate de empresas ya existentes que produzcan el mismo servicio. Ciertamente, RCA no es conocida por producir servicios penitenciarios, ni tampoco Wackenhut, pero ambas están buscando activamente contratos en ese ámbito. Control Data Corporation, un conglomerado que se dedica principalmente a la informática, también ha presentado ofertas para contratos penitenciarios y ha obtenido una participación mayoritaria en City Venture, que vende programas de formación profesional a las prisiones.⁸²

¿Cómo entran las empresas en el mercado penitenciario cuando no tienen experiencia ni conocimientos previos? Es fácil, ya que, como observó Poole, "la privatización no es más que la aplicación de ideas empresariales al proceso de impartir justicia: ideas como la especialización, la división del trabajo y el pago por los servicios prestados".⁸³ Corrections Corporation of America fue fundada por Thomas Beasley y respaldada por el Massey Burch Investment Group, que también puso en marcha Hospital Corporation of America. Beasley no tenía experiencia en la gestión de prisiones, por lo que contrató a varios ex funcionarios de prisiones, entre ellos un ex comisionado de prisiones de Arkansas y Virginia, y un presidente retirado de la Comisión de Libertad Condicional de Estados Unidos. Corrections Corporation se gestiona "con grandes órdenes de compra y una contabilidad y gestión centralizadas, y contratando a profesionales experimentados de organismos públicos para que dirijan los asuntos cotidianos de las instituciones."⁸⁴ La empresa ha sido una de las más activas y agresivas a la hora de licitar contratos y actualmente gestiona varias instalaciones.

Si la producción de servicios para la venta al gobierno es rentable y se fomenta la competencia, el sector privado responderá. Los problemas sólo surgen si se elimina la competencia. Lamentablemente, hay características de la administración que amenazan la competencia y, por tanto, el éxito de la contratación externa.

Las limitaciones de la contratación

Krajick ha advertido: "Por muy eficientes que sean estas empresas con ánimo de lucro, las instituciones que dirigen están destinadas a reflejar en cierta medida los objetivos, las limitaciones y quizás los abusos de los sistemas gubernamentales de los que forman parte".⁸⁵ Quizás los gobiernos hagan un mal trabajo de contratación, al igual que lo hacen con la mayoría de las otras tareas que emprenden. Por un lado, las actitudes e incentivos burocráticos que influyen en la producción gubernamental también afectarán al proceso de contratación.

Pensemos en la creencia de que "una empresa eficiente y un funcionario bien informado pueden llegar a un acuerdo para prestar servicios a un coste no superior al que supondría la

licitación de diez proveedores".⁸⁶ Esta actitud puede destruir rápidamente la eficacia del proceso de contratación. La amenaza de la competencia obliga a la empresa privada a producir de forma eficiente; además, si un funcionario está tan "informado", ¿por qué es incapaz de mantener una oficina pública produciendo de forma eficiente? Cuando una sola empresa privada recibe un contrato sin temor a la competencia futura, empieza a actuar como un monopolista, no como un competidor eficiente. Además, según Fitch, "el uso continuado de una o pocas empresas se presta a la creación de relaciones amistosas que pueden dificultar el ejercicio de controles adecuados."⁸⁷

El comportamiento burocrático de las agencias de contratación puede destruir la competencia en las licitaciones, incluso cuando la agencia afirma que busca la competencia. Esto ocurre porque las agencias gubernamentales han impuesto un gran número y variedad de reglamentos, normas y otros requisitos en el propio proceso de contratación y en la producción posterior al contrato.⁸⁸ El resultado es previsible:

El elevado coste de la obtención de contratos públicos, las limitaciones de los salarios y otros costes que suele imponer la reglamentación gubernamental y los problemas que plantean los auditores celosos hacen que la contratación pública sea un negocio poco probable para la pequeña empresa típica y para muchas grandes empresas. Los riesgos obligan a muchas empresas a limitar el número de contratos públicos que buscan, y algunas de ellas sólo buscan contratos públicos debido a las ventajas secundarias (como el acceso a información que no está disponible de otro modo).⁸⁹

El gobierno federal, al contratar prisiones, por ejemplo, especifica las normas para todos los aspectos de la vida en prisión y coloca observadores en las instituciones privadas.⁹⁰

La razón de ser de esta normativa es, supuestamente, evitar que las empresas privadas deshonestas presten servicios deficientes. Por supuesto, un proceso de contratación suficientemente competitivo haría precisamente eso, ya que los competidores potenciales vigilan a los que prestan los servicios con la esperanza de detectar ineficiencias o abusos que les permitan ofrecer un contrato superior. Pero incluso con todas las regulaciones, muchos críticos siguen "temiendo que las prisiones contratadas generen el mismo tipo de escándalos que las residencias de ancianos contratadas, que a pesar de los numerosos inspectores y normas se han convertido con frecuencia en instalaciones deficientes".⁹¹ Estas preocupaciones están claramente justificadas. Como señaló Fitch, muchas de las normativas "tienen el efecto de poner más presión sobre las empresas honestas que sobre las deshonestas, que a menudo pueden encontrar alguna forma de burlar la normativa, aunque sólo sea comprando la cooperación de los funcionarios de contratación del gobierno."⁹²

Esto nos lleva a otro posible obstáculo a la competencia en el proceso de contratación: la corrupción. Poole observó que "se han producido casos de corrupción, en casos en los que el proceso de selección no era una situación abiertamente competitiva".⁹³ Pero la amenaza de la corrupción va más allá. La corrupción puede impedir que el proceso de selección sea "una situación abiertamente competitiva". De hecho, "los contratos son una de las fuentes más comunes y lucrativas de corrupción en el gobierno".⁹⁴

La corrupción política se hace posible cuando los funcionarios del gobierno controlan la asignación de valiosos derechos de propiedad. El derecho a actuar como proveedor exclusivo de algún servicio gubernamental sin temor a la competencia puede ser extremadamente valioso, sobre todo si un funcionario público está dispuesto a rechazar cuando un productor reduce la calidad para aumentar los beneficios. Obsérvese que en estos casos los críticos pueden tener toda la razón al argumentar que las empresas privadas reducen los costes al recortar la calidad. Pero esto no se debe a las fuerzas del mercado de la competencia. Más bien, el regulador incorruptible

del mercado llamado competencia se ha acabado y ha sido sustituido por la regulación de un funcionario público corrupto. Obviamente, existen incentivos para que los contratistas privados se dediquen al soborno, las comisiones y los pagos, y la corrupción es inevitable si los funcionarios públicos a cargo del proceso de contratación están lo suficientemente interesados.

Por supuesto, las empresas no tienen que recurrir a medios ilegales para "comprar" contratos y otras ventajas del gobierno. Las decisiones del gobierno reflejan las demandas de grupos de interés políticamente activos y poderosos, y no es sorprendente encontrar que "los contratistas privados que hacen negocios con el gobierno son... una de las principales fuentes de fondos de campaña".⁹⁵ De hecho,

En la comunidad política, se espera que los contratistas hagan contribuciones políticas para poder optar a los contratos. Las contribuciones pueden adoptar la forma de sobornos y chanchullos, pero... la forma más popular es la contribución a la campaña -subvenciones directas, suscripciones a cenas de recaudación de fondos, etc. Es de esperar que este tipo de tratos se traduzcan en un aumento de los costes de los servicios contratados y en una disminución de la asiduidad de la inspección, aunque los operadores políticos más prudentes insistirán en que el trabajo sea al menos aceptable, y sólo los más venales tolerarán [reducciones extremas de la calidad].⁹⁶

Los funcionarios de prisiones han expresado cierta preocupación por el hecho de que las empresas intenten ahora influir en la política estatal y local en su afán por conseguir contratos.⁹⁷ Por ejemplo, en septiembre de 1983 se aprobó una ley de Texas que autorizaba a los condados a contratar cárceles privadas. Este "proyecto de ley de interés privado" se aprobó debido a la presión política ejercida "por antiguos agentes de la ley interesados en entrar en el negocio" a través de su influencia en la Asociación de Sheriffs de Texas.⁹⁸

De hecho, una de las principales razones del interés político por la contratación externa ha sido la influencia política de las empresas que quieren entrar en el negocio de los contratos.⁹⁹ Esta presión política ha tenido ciertamente un impacto. Varios encuestados en el estudio de Florestano-Gordon, por ejemplo, admitieron que un "criterio" que había sido importante en la adjudicación de grandes contratos había sido "consideraciones políticas".¹⁰⁰ Además, "empresas gigantes como una Lockheed -y otras más pequeñas cuya producción es crucial para ciertos programas gubernamentales- han recibido ayuda especial para mantenerlas en el negocio."¹⁰¹

Las implicaciones de este debate son mucho más amplias que la simple posibilidad de conceder contratos a productores relativamente ineficientes o de pasar por alto el recorte de la calidad. Por ejemplo, algunas de las principales críticas a la producción gubernamental del orden público no se alivian con la contratación externa. Uno de los problemas -la ineficiencia burocrática- puede superarse en parte si la corrupción y las tendencias burocráticas al exceso de regulación no acaban por destruir el potencial de esos beneficios. Pero los otros problemas persisten. Las empresas privadas contratadas por el gobierno producirán lo que quieren los grupos de interés, no lo que quieren los contribuyentes individuales. Y la contratación crea nuevos grupos de interés -las empresas contratantes y sus empleados- que exigirán una mayor producción de cualquier bien o servicio que vendan al gobierno (al igual que los burócratas). Como señaló Levenson, la contratación externa "puede crear una fuerza de trabajo invisible y, a menudo, en la sombra, que podría dar lugar a la dependencia de más personas del gobierno".¹⁰² Los dos mayores departamentos federales -Salud y Servicios Humanos y Defensa- tenían cuatro trabajadores contratados en 1979 por cada empleado federal.¹⁰³ La contratación en el ámbito de la aplicación de la ley es mucho menos significativa, pero pone de relieve los peligros de suponer

que la contratación de servicios reducirá necesariamente el tamaño del conjunto de recursos controlados por el gobierno, en particular el número de personas que dependen de los fondos públicos.¹⁰⁴ Además, como los consumidores que se benefician directamente de los servicios no pagan un precio unitario, el exceso de demanda provocará una aglomeración o congestión y habrá que establecer técnicas de asignación alternativas. La mala asignación de recursos debida a las demandas de los grupos de interés y al racionamiento sin precio podría ser mucho más importante que la debida a las ineficiencias burocráticas de producción. Así pues, el principal defecto de la contratación externa es que sólo puede superar algunos de los problemas que se derivan del fracaso del gobierno: "en realidad, los factores que militan en contra de la producción eficiente en el sector público también militan en contra de obtener resultados de máxima calidad en los contratos".¹⁰⁵ Por supuesto, las ganancias en la eficiencia de la producción son mejores que no tener ninguna ganancia.

NOTAS

1. Patricia S. Florestano y Stephen B. Gordon, "Public vs. Private: Small Government Contracting with the Private Sector", *Public Administration Review* 40 (enero/febrero de 1980): 29.
2. Lyle C. Fitch, "Increasing the Role of the Private Sector in Providing Public Services", en *Improving the Quality of Urban Management*, ed. Willis D. Hawley y David B. Gordon. Willis D. Hawley y David Rogers, vol. 8 de *Urban Affairs Annual Review* (Beverly Hills, Calif.: Sage Publishing, 1974), p. 502.
3. Donald Fisk, Herbert Kiesling y Thomas Muller, *Private Provision of Public Services: An Overview* (Washington, D.C.: Urban Institute, 1978), p. 2; Florestano y Gordon, "Public vs. Private", p. 29; Robert W. Poole, Jr., *Cutting Back City Hall* (Nueva York: Universe Books, 1978), p. 27.
4. Poole, *Cutting Back City Hall*, p. 27.
5. *Ibid.*
6. Rosaline Levenson, "Public Use of Private Service Contracts in Local Government: A Plea for Caution", en *Public-Private Collaboration in the Delivery of Local Public Services: Proceedings of a Conference* (Davis: Universidad de California, abril de 1980), p. 18.
7. Florestano y Gordon, "Public vs. Private", p. 34.
8. Robert Poole, Jr., "Why Not Contract Policing?" *Reason* 14 (septiembre/octubre de 1983): 10.
9. Kevin Krajick, "Punishment for Profit", *Across the Board* 21 (marzo de 1984): 20-21.
10. Robert W. Poole, Jr., "Rehabilitating the Correctional System", *Fiscal Watchdog* 81 (julio 1983): 4; President's Commission on Privatization, *Privatization: Toward More Effective Government* (Washington, D.C.: President's Commission on Privatization, marzo de 1988), p. 146.
11. Poole, *ibid.*, p. 3.
12. Sobre los costes de las prisiones, véase E. W. Zedlewski, "The Economics of Disincarceration", *NIS Reports* (mayo de 1984): 4-8; Departamento de Justicia de los Estados Unidos, *Report to the Nation on Crime and Justice: The Data* (Washington, D.C.: Bureau of Justice Statistics, 1983), p. 93; B. Cory y S. Gettings, *Time to Build? The Realities of Prison Construction* (Nueva York: Edna McConnell Clark Foundation, 1984), p. 17; Charles H. Logan y Sharla P. Rausch, "Punishment and Profit: The Emergence of Private Enterprise Prisons", *Justice Quarterly* 2 (septiembre de 1985); p. 304; Poole, "Rehabilitating the Correctional System", p. 3; G. Funke, *Who's Buried in Grant's Tomb? Economics and Corrections for the Eighties and Beyond* (Alexandria, Va.: Institute for Economic Policy Studies, 1983), p. 3.
13. Citado en Poole, "Rehabilitating the Correctional System", p. 3.
14. Fisk, et al., *Private Provision of Public Services*, p. 33.
15. *Ibid.*
16. Poole, *Cutting Back City Hall*, pp. 41-42.
17. *Ibidem*, p. 40.
18. Fisk, et al. *Private Provision of Public Services*, pp. 33-34.
19. *Ibidem*, p. 34.
20. "Rent-a-Narc", *Newsweek*, 27 de agosto de 1973, p. 25.
21. Christine Dorffi, "San Francisco's Hired Guns", *Reason* 10 (agosto de 1979).
22. Poole, *Cutting Back City Hall*, p. 39.
23. Theodore Gage, "Cops Inc.", *Reason* 14 (noviembre de 1982): 25.
24. Poole, *Cutting Back City Hall*, p. 42.
25. *Ibidem*, p. 43.
26. Gage, "Cops, Inc.", p. 24.
27. Poole, "Rehabilitating the Correctional System", p. 1.
28. Joan Mullen, Kent Chabotar y Deborah Carrow, *The Privatization of Corrections*, informe de Abt Associates para el Instituto Nacional de Justicia (Washington, D.C.: Departamento de Justicia de EE.UU., febrero de 1985), pp. 56-68.
29. Logan y Rausch, "Punishment and Profit", p. 307.
30. *Ibidem*, p. 307. Véase también Charles H. Logan, *Private Prisons: Cons and Pros: A Report to the National Institute of Justice* (Washington, D.C.: National Institute of Justice, 1989).
31. Philip E. Fixler, Jr., "¿Puede la privatización resolver la crisis penitenciaria?" *Fiscal Watchdog* 90 (abril 1984): 2.
32. "Operating Private Prisons", *Venture* (agosto de 1983): 18; comunicado de prensa de Corrections Corporations of America, 26 de julio de 1988.
33. Logan y Rausch, "Punishment and Profit", p. 307.
34. Peter Binzen, "Free Enterprise: Private Concerns Begin Delivering Public Services", *Philadelphia Inquirer*, 12 de agosto de 1984, p. 10-C.
35. Judith C. Hackett, et al., "Contracting for the Operation of Prisons and Jails", *Research in Brief: National Institute of Justice*, junio de 1987, p. 2.

36. Logan y Rausch, "Punishment and Profit", p. 307.
37. Fixler, "Can Privatization Solve the Prison Crisis?" p. 4.
38. Poole, "Can Justice Be Privatized?" p. 1.
39. *Ibidem*, pp. 1-2.
40. Esta información fue proporcionada por Randy Barnett en su revisión de un borrador anterior de este libro.
41. Citado en Poole, "Why Not Contract Policing?", p. 11.
42. *Ibidem*, p. 11.
43. Fitch, "Increasing the Role of the Private Sector", p. 509.
44. Gage, "Cops, Inc.", p. 23.
45. *Ibidem*, p. 26.
46. *Ibid.*
47. Krajick, "Punishment for Profit", p. 24.
48. Poole, "Why Not Contract Policing?", p. 11.
49. "Privatization Spreads to Prisons", *Energy News-Record*, 5 de abril de 1984, p. 10.
50. *Ibid.*
51. "Crime Pays", 60 Minutes, vol. 14, n° 11, transcripción de una emisión de la cadena de televisión CBS, domingo 25 de noviembre de 1984, 7:00-8:00 p.m., EST, p. 10.
52. Fitch, "Increasing the Role of the Private Sector", p. 502.
53. Fisk, et al., *Private Provision of Public Services*, p. 36.
54. Krajick, "Punishment for Profit", pp. 22-23.
55. *Ibidem*, p. 24.
56. *Ibidem*, p. 23.
57. Citado en Poole, *Cutting Back City Hall*, p. 28.
58. Poole, "Rehabilitating the Correctional System", p. 3.
59. "Crime Pays", p. 10.
60. Poole, *Cutting Back City Hall*, p. 28.
61. Esta fuente de ahorro de costes no es resultado de los incentivos, sino de las relaciones tecnológicas de producción. Así, una comunidad puede ser capaz de reducir sus costes de, por ejemplo, los servicios de policía contratando con otra unidad gubernamental. Véase, por ejemplo, Poole, "Why Not Contract Policing?", p. 10.
62. Fisk, et al., *Private Provision of Public Services*, p. 35.
63. Fitch, "Increasing the Role of the Private Sector", p. 510.
64. "Crime Pays", p. 10.
65. Fisk, et al., *Private Provision of Public Services*, p. 2.
66. Krajick, "Punishment for Profit", p. 27.
67. "Crime Pays", p. 8.
68. Florestano y Gordon, "Public vs. Private", p. 32.
69. Logan y Rausch, "Punishment and Profit", p. 304.
70. Krajick, "Punishment for Profit", p. 25.
71. *Ibid.*
72. *Ibidem*, p. 27.
73. *Ibidem*, p. 25.
74. *Ibidem*.
75. *Ibidem*, p. 26.
76. Citado en *ibid.*
77. "El delito se paga", pp. 9-10.
78. E. S. Savas, "Municipal Monopolies Versus Competition in Delivering Urban Services", en *Improving the Quality of Urban Management*, ed. Willis D. Hawley y David Rogers, vol. 8 de *Urban Affairs Annual Review*. Willis D. Hawley y David Rogers, vol. 8 de *Urban Affairs Annual Review* (Beverly Hills, Calif.: Sage Publishing, 1974), p. 489.
79. Poole, "¿Puede privatizarse la justicia?".
80. Krajick, "Punishment for Profit", p. 24.
81. Fisk, et al., *Private Provision of Public Services*, p. 8.
82. Krajick, "Punishment for Profit", p. 24.
83. Poole, "Can Justice Be Privatized?" p. 3.
84. Krajick, "Punishment for Profit", p. 23.
85. *Ibidem*, p. 24.
86. Fisk, et al., *Private Provision of Public Services*, p. 5.
87. Fitch, "Increasing the Role of the Private Sector in Providing Public Services", p. 512.
88. *Ibidem*, p. 517.
89. *Ibidem*, p. 518.
90. Kevin Krajick, "Private, For-Profit Prisons Take Hold in Some States", *Christian Science Monitor*, 11 de abril de 1984, p. 27.
91. *Ibid.*
92. Fitch, "Increasing the Role of the Private Sector", p. 517.
93. Poole, *Cutting Back City Hall*, p. 29.
94. Fitch, "Increasing the Role of the Private Sector", p. 517.
95. *Ibidem*, p. 516.
96. *Ibidem*, p. 513.
97. Krajick, "Punishment for Profit", p. 27.
98. *Ibidem*, p. 27.
99. Fisk, et al., *Private Provision of Public Services*, p. 2.
100. Florestano y Gordon, "Public vs. Private", p. 32.
101. Fitch, "Increasing the Role of the Private Sector", p. 518.
102. Levenson, "Public Use of Private Service Contracts in Local Government", p. 21.
103. Barbara Blumenthal, "Uncle Sam's Army of Invisible Employees", *National Journal*, 5 de mayo de 1979, pp. 730-733.
104. Levenson, "Public Use of Private Service Contracts in Local Government", p. 21.
105. Fitch, "Increasing the Role of the Private Sector", p. 504.

CAPÍTULO 8

TENDENCIAS ACTUALES DE LA PRIVATIZACIÓN

Existen actualmente en EE UU más efectivos de seguridad privada que agentes del orden público, y en los últimos quince o veinte años, la tasa de crecimiento del sector de la seguridad privada ha sobrepasado ampliamente a la de las fuerzas del orden público.¹ Como dice Lawrence Sherman, «pocos fenómenos expresan con más claridad la preocupación ciudadana por la delincuencia -y la pérdida de fe en que las instituciones puedan atajarla- que el florecimiento de las policías privadas. En lugar de refrendar la dotación de nuevos fondos para incrementar los efectivos policiales, los electores recurren al voluntariado y los vigilantes privados».² Pero las medidas de los particulares contra la delincuencia van mucho más allá de la participación voluntaria y la contratación de guardas. En los 60 y los 70, cuando las cifras de delincuencia crecían rápidamente, las familias y las empresas adoptaron, «a escalas sin precedentes»,³ medios de seguridad privada, tales como sistemas de alarma, cajas fuertes, marcadores de teléfono automáticos, rejas en las ventanas, etc. La participación del sector privado en la seguridad ciudadana es muy significativa.

El sector privado en la prevención y detección del delito

Sherman clasificó el control del crimen en tres categorías: 1) "vigilancia", 2) "amurallamiento" y 3) "cautela".⁴ La "vigilancia" se refiere a la observación de las personas y los lugares que los delincuentes pueden atacar y a la detención de los delincuentes en el acto. "Amurallar" describe las acciones destinadas a impedir el acceso de los delincuentes a las personas o a los bienes mediante cerraduras, barras, vallas y otros obstáculos. La "cautela" caracteriza los ajustes en el comportamiento para evitar la delincuencia, como las clases de defensa personal o de armas de fuego, permanecer en casa por la noche y dejar las luces encendidas cuando se está fuera de casa. Todas estas actividades van en aumento.

El Informe Figgie sobre el Miedo al Delito preguntó a los ciudadanos qué medidas de protección toman en sus casas y cuando salen. "Las respuestas revelaron una América extremadamente cautelosa y preocupada por la seguridad".⁵ Por ejemplo, el 56% de los que respondieron a la encuesta dijeron que mantenían las puertas de sus coches cerradas con llave la mayor parte del tiempo mientras conducían, y el 70% lo hacía más a menudo. El sesenta por ciento llamaba por teléfono al menos a veces para informar a otros de que había llegado a su destino de forma segura cuando viajaba, y el 44 por ciento indicó que a menudo planificaba sus rutas de viaje para evitar lugares potencialmente peligrosos. Al salir de noche, el 25 por ciento de la muestra llevaba frecuentemente un silbato, un arma o iba acompañada de un perro. El 54% de las mujeres se aseguraba de tener un acompañante para los viajes nocturnos (sólo el 15% de los hombres encuestados tomaba esa medida). El 78% de los negros se vestía de forma sencilla para no llamar la atención, mientras que sólo el 54% de los blancos encuestados lo hacía.⁶

Casi todos los entrevistados para la encuesta de Figgie cerraban sus puertas al salir y hacían que la gente se identificara antes de abrir las puertas. El 52% había añadido cerraduras adicionales a sus puertas, el 82% tenía a alguien vigilando sus casas cuando se ausentaban durante el fin de semana y el 70% había suspendido el reparto de periódicos y correo. Aproximadamente una cuarta parte de la muestra de la encuesta tenía temporizadores

automáticos para encender y apagar las luces, y muchos habían instalado dispositivos más sofisticados para encender y apagar también la televisión o el equipo de música. El 15% tenía alarmas antirrobo y el 8% enrejaba las ventanas. Además, el 36% de los encuestados había grabado sus objetos de valor con la esperanza de disuadir el robo o ayudar a recuperar los objetos robados.⁷

"Muy a menudo, el arma es un dispositivo de protección del hogar", según el informe. "La posesión de armas tiene claramente el efecto de reducir sustancialmente el miedo sin forma" a la delincuencia.⁸ De los 1.043 encuestados en el cuestionario del Informe Figgie, 542 indicaron que poseían un arma para proteger sus hogares. Se estima que hay cincuenta millones de armas en manos privadas en EE.UU., y la Oficina Federal de Alcohol, Tabaco y Armas de Fuego informó de la producción nacional de 835.169 pistolas y 1.702.062 revólveres en 1981, con otras 305.576 armas importadas ese año.

Y la gente utiliza sus armas para protegerse. Los ciudadanos privados disparan legalmente a casi tantos delincuentes como la policía pública, mientras que en algunos lugares los ciudadanos matan legalmente hasta dos o tres veces más delincuentes violentos que la policía. En 1981 se produjeron 126 homicidios justificados por ciudadanos privados en California, frente a 68 homicidios justificados por la policía. Los residentes de Houston, Texas, mataron a 25 sospechosos criminales en 1981 y 17 durante los primeros diez meses de 1982. Los residentes de Dallas mataron a 13 sospechosos en defensa propia en 1981, mientras que 15 delincuentes murieron a manos de ciudadanos particulares en Nueva York ese año. La policía y los fiscales de Houston concluyeron que el aumento de la tasa de criminalidad en la ciudad (un 17,7 por ciento en la primera mitad de 1982) fue un factor clave en los tiroteos de los ciudadanos, ya que "los residentes y los propietarios de pequeños negocios en Houston están recurriendo a la fuerza letal para protegerse a sí mismos y a sus propiedades."⁹ Los ciudadanos privados no solo poseen armas para protegerse, sino que las están utilizando.

Ejecutivos de empresas. El Informe Figgie también examinó los efectos del aumento de la delincuencia en la política corporativa y el estilo de vida de los ejecutivos de las empresas de la lista Fortune 1000. El 75% de los altos ejecutivos encuestados aseguraban sus hogares con alarmas antirrobo y contra incendios, tenían guardias y perros guardianes, tenían números de teléfono no registrados o mantenían sus direcciones confidenciales.¹⁰ Además, el 46% de los ejecutivos encuestados en todo el país y el 62% de los de las grandes ciudades indicaron que la delincuencia en sus barrios corporativos había afectado a la programación, la planificación y las políticas de seguridad. La mayoría de las sedes corporativas contaban con una "amplia gama" de procedimientos y dispositivos de seguridad: El 88% tenía controles de seguridad en los edificios; el 87% tenía alarmas contra incendios; el 84% tenía sistemas de rociadores automáticos; el 66% tenía alarmas antirrobo; el 64% tenía iluminación; el 50% tenía temporizadores de luz automáticos; el 48% tenía circuitos cerrados de televisión; el 38% tenía sistemas de identificación por tarjeta electrónica; el 30% tenía temporizadores fotoeléctricos; y el 24% tenía guardias armados.¹¹ Cuatrocientas de las 1.000 empresas utilizaban al menos seis de estos diez sistemas de seguridad, y eran habituales los guardias no armados, el personal de seguridad de paisano y las cerraduras de puertas codificadas. La mayoría de las empresas encuestadas también contaban con programas de seguridad completos, incluyendo programas de educación para los empleados (73%), planes de gestión de crisis (63%) y la contratación de un especialista en seguridad (62%).

Los ejecutivos de las empresas tomaron numerosas medidas para protegerse a sí mismos y a sus familias. El 53% de los encuestados tenía alarmas antirrobo y contra incendios en sus casas, por ejemplo. El 35% variaba su ruta diaria al trabajo y el 19% alternaba los coches. El

Cuadro 9.1 VENTAS DE MATERIAL DE SEGURIDAD (millones de dólares)

Productos	1958	1963	1968
MATERIAL DISUASORIO			
Equipos de seguridad estática	15	14	21
Cajas Fuertes	9	15	15
Cajas de seguridad en bancos			
Cámaras acorazadas y otros equipos para bancos	21	33	54
Archivadores estancos	11	12	12
Otros equipos de seguridad estática	13	20	42
Total	69	91	144
Iluminación de seguridad			
Lámparas de alta intensidad	8	15	31
Reflectores	12	27	45
Postes y accesorios	3	7	15
Total	23	49	91
Total material disuasorio	92	140	235
EQUIPOS DE VIGILANCIA Y DETECCIÓN			
Servicios de alarmas centralizadas	55	80	110
Alarmas en locales y fincas	30	36	54
Circuitos cerrados de televisión	5	9	23
Detección, vigilancia y otros	27	40	83
Total equipos de vigilancia y detección	117	165	270
EQUIPOS ANTI-INCENDIOS			
Total equipos anti-incendios	83	118	245
TOTAL EQUIPOS DE SEGURIDAD	511	780	1.395

Fuente: Predicast, Inc., "Special Study 56" (5 de marzo de 1970)

Cuadro 9.2 MERCADO DE MATERIAL DE SEGURIDAD (millones de dólares).

Segmento	1958	1963	1968
Bancos y comercios	190	274	468
Industria y transporte	249	393	729
Particulares	10	15	23
Instituciones y otros	62	98	175
TOTAL	511	780	1.395

Fuente: Predicast, Inc., "Special Study 56" (5 de marzo de 1970)

Informe Figgie concluyó: "Es obvio que el desarrollo de un programa de seguridad corporativo es un proceso tremendamente largo, engorroso y costoso que supone una carga tanto para el empleado como para el empresario".¹²

Los esfuerzos para evitar la delincuencia son caros. Un estudio realizado en 1970 por Predicast, Inc. estimó que las ventas de equipos de disuasión de la delincuencia crecieron a un ritmo anual del 8,8% entre 1958 y 1963, aumentando al 11% entre 1963 y 1968 (véanse los cuadros 9.1 y 9.2). Las ventas de equipos de vigilancia y detección crecieron un 7,1 por ciento anual durante el periodo 1958-1963 y un 10,4 por ciento anual entre 1963 y 1968. Estas ventas de equipos representaron bastante menos de la mitad del gasto total en seguridad durante este periodo (41% en 1958 y 36% en 1968). La mayor categoría de gasto fue la de servicios de vigilancia e investigación.

El sector preveía un gasto de aproximadamente 5.300 millones de dólares sólo en ventas de equipos de detección de intrusos durante el periodo 1980-1985, y la mitad de esas compras se realizaron en Norteamérica.¹³ Existe un negocio creciente en el suministro de coches a prueba de balas y sistemas de seguridad de vehículos para aquellos que ocupan posiciones de riqueza o poder y que se enfrentan a altos riesgos de asesinato o secuestro. En 1983, había aproximadamente una docena de empresas estadounidenses especializadas en el blindaje de coches a precios que oscilaban entre 32.000 y 250.000 dólares, según el grado de seguridad requerido. Hay muchas otras formas de equipamiento de protección de carácter privado a disposición de quienes estén dispuestos a pagar.¹⁴

Agrupaciones de voluntarios contra el crimen

Una reciente encuesta de Gallup indicó que en los barrios del 17% de los estadounidenses encuestados existían esfuerzos organizados de prevención voluntaria de la delincuencia.¹⁵ Los grupos voluntarios han patrocinado y organizado actividades orientadas a los jóvenes para mantenerlos alejados de las calles, programas de mejora de los barrios, actividades organizadas de protección de la propiedad (por ejemplo, la Operación ID), servicios de escolta y patrullas de barrio y de edificios. Algunos grupos incluso han comprado las calles y han vallado sus barrios. Puede que las organizaciones participativas no sean las instituciones dominantes de la empresa de derecho que eran en la Inglaterra anglosajona, pero son ciertamente importantes.

Programas para jóvenes. "La mayoría de las actividades reportadas como "hacer algo sobre la delincuencia", concluyeron Podolefsky y Dubow en 1981, "implican intentos de grupos de vecinos para mejorar la "calidad de vida" en su barrio."¹⁶ En particular, los esfuerzos voluntarios se dirigen a evitar que los niños se dediquen a actividades delictivas. En una encuesta telefónica de dígitos aleatorios entre los residentes de San Francisco, Chicago y Filadelfia, Podolefsky y Dubow descubrieron que las actividades orientadas a los jóvenes representaban el 19,9% de todas las actividades de control de la delincuencia, la mayor proporción de todas las actividades grupales contra la delincuencia. Estas actividades incluían la provisión de empleo o recreación para los jóvenes (70 por ciento de todos los esfuerzos en este grupo de actividades), así como el asesoramiento y el tratamiento de los problemas de las pandillas.¹⁷ Muchos voluntarios consideran que los programas para jóvenes diseñados para mantener a los niños ocupados, en particular los programas deportivos, son contribuciones importantes para el control de la delincuencia, pero muchos grupos indican que "la recreación no es suficiente, es necesario combinar la educación, la economía y la recreación."¹⁸ Así, los grupos comunitarios también ofrecen actividades que van desde el asesoramiento laboral hasta las oportunidades de empleo. Un grupo comunitario incluso intentó crear una empresa sin ánimo de lucro para contratar a jóvenes, utilizando fondos donados por empresarios locales.

Mejora de los barrios. Los grupos voluntarios llevaron a cabo programas para 1) mejorar las condiciones físicas y sociales de sus barrios o comunidades, 2) modificar las condiciones que se consideran especialmente propicias para la delincuencia, 3) reducir el acceso a la comunidad, 4) realizar cambios que faciliten los esfuerzos de vigilancia del grupo (por ejemplo, podar árboles y arbustos o instalar iluminación), y 5) mejorar las condiciones económicas generales de la zona. Mejorar o limpiar el barrio fue la tercera actividad de control de la delincuencia más mencionada en la encuesta Podolefsky-Dubow, con un 8% de las respuestas.¹⁹ Los grupos de vecinos limpiaron las calles, los parques, los callejones, las zonas comerciales y los proyectos de vivienda y arreglaron o destruyeron los edificios abandonados para hacer la zona más acogedora. Los grupos también han intentado establecer o mejorar las instalaciones recreativas del barrio. Un grupo que respondió a la encuesta Podolefsky-Dubow, por ejemplo, se atribuyó la responsabilidad de cerrar seis manzanas al tráfico para permitir el juego de los niños.

Otra actividad de grupo, aunque relativamente infrecuente, es la de "sancionar a los malhechores" (por ejemplo, drogadictos, camellos, borrachos, prostitutas y familias problemáticas) en un intento de expulsarlos de la comunidad. Tras el asesinato de un joven de diecisiete años, por ejemplo, un grupo comunitario del sur de Filadelfia organizó una manifestación para presionar a los traficantes de drogas (que aparentemente no estaban relacionados con el asesinato) para que abandonaran el barrio. Entre 500 y 900 residentes marcharon hasta la residencia de dos traficantes y les gritaron durante 45 minutos para que se fueran. Los traficantes no volvieron.²⁰ Cabe señalar que estas actividades sancionadoras son ilegales según la ley autoritaria. Estas acciones no son necesariamente dignas de elogio, pero deben señalarse para subrayar que los particulares, cuando se enfrentan a la elección entre infringir una ley legislada o tomar lo que perciben como una acción de protección, pueden elegir infringir la ley autoritaria. La posesión ilegal de armas de fuego para protegerse es otro ejemplo de este tipo de comportamiento.

Las normas de la comunidad pueden imponerse en última instancia, incluso cuando entran en conflicto con la ley reglamentaria. Este tipo de comportamiento "vigilante" forma parte de nuestra tradición americana, y como observó Roger McGrath

La era clásica del vigilantismo fronterizo terminó en 1900..... Sin embargo, una tradición de "neo-vigilantismo" sigue viva. Algunos ejemplos son... los grupos de patrullas de autoprotección de los años 60 y 70 que operaban en barrios urbanos acosados por la delincuencia o los problemas raciales. La ideología del vigilantismo, que hace hincapié en la soberanía popular, la autoconservación y el derecho a la revolución, sigue atrayendo a los estadounidenses, aunque las razones fronterizas del vigilantismo hayan desaparecido.²¹

La tradición de la vigilancia sigue viva, pero McGrath se equivoca al afirmar que el "fundamento" ha desaparecido. Cuando impone leyes, el gobierno tiene el deber recíproco de hacerlas cumplir adecuadamente. Cuando el gobierno no cumple adecuadamente con su deber, la costumbre, tanto en la sociedad inglesa como en la estadounidense, ha sido restablecer el imperio del derecho consuetudinario a través de la revolución o de la justicia por mano propia.

Protección de la propiedad. Los grupos comunitarios promueven la concienciación y la seguridad del hogar celebrando reuniones, organizando conferencias y distribuyendo literatura sobre la prevención del crimen.²² Algunos grupos van más allá de la mera información y organizan programas de grabado de propiedades (por ejemplo, la Operación I.D.) que abogan por marcar los objetos de valor. También se insta a los participantes a exhibir calcomanías que anuncien a los posibles ladrones que han marcado sus bienes.²³ Se calcula que la participación

en este tipo de programas oscila entre el 10 y el 25 por ciento en las zonas objetivo, y el 31 por ciento de los encuestados por Podolefsky y Dubow declararon haber marcado sus propiedades.²⁴

Protección personal. Las actividades de protección personal en grupo incluyen servicios de escolta y respuestas organizadas a dispositivos de señalización (por ejemplo, silbatos o bocinas de freón), así como programas educativos. Los servicios de escolta suelen estar concebidos para un fin determinado, como acompañar a las personas mayores cuando cobran los cheques de la pensión, la seguridad social o la asistencia social, acompañar a los niños a sus casas desde las guarderías o escoltar a las estudiantes que cruzan un campus al anochecer.

La encuesta de Podolefsky-Dubow reveló que el 5% de los encuestados llevaban dispositivos de señalización.²⁵ Muchas personas participaron en programas como WhistleSTOP, un sistema de señalización comunitario. Los participantes llevan un silbato que pueden hacer sonar en caso de emergencia o si se encuentran con problemas en la calle. Otros miembros de WhistleSTOP responden a una señal llamando primero a la policía y luego haciendo sonar sus propios silbatos para indicar a los demás que existe una situación de delincuencia o emergencia.

Patrullas de vigilancia. En 1977, entre 800 y 900 patrullas de residentes operaban en áreas urbanas con más de 250.000 personas, y había más de 50.000 vigilantes de bloque en todo el país.²⁶ Se estima que el 63 por ciento de las patrullas estaban compuestas por voluntarios, el 18 por ciento por guardias contratados, el 7 por ciento por residentes pagados y el 12 por ciento restante por una combinación de vigilantes voluntarios y contratados. Las patrullas pueden encontrarse en barrios de todos los niveles de ingresos (se estima que el 55 por ciento de todas las patrullas se encuentran en zonas de bajos ingresos, el 35 por ciento en zonas de ingresos medios y el 10 por ciento en barrios de altos ingresos). Las patrullas de edificios operan frecuentemente en áreas de baja criminalidad con fines preventivos, y las patrullas de barrio se forman a menudo en áreas que experimentan graves problemas de criminalidad. En 1980, aproximadamente 10.000 de las 39.000 manzanas de Nueva York tenían asociaciones de vecinos en funcionamiento para compensar los inadecuados servicios municipales, y casi todas tenían algún tipo de patrulla de seguridad.²⁷

Las patrullas de edificios suelen operar en zonas que reciben poca atención de la policía pública. Estas patrullas tienen como objetivo principal disuadir la delincuencia y mantener a los extraños indeseables fuera del edificio. Estas patrullas suelen colocar guardias en las entradas o puertas de los edificios, y también pueden utilizar circuitos cerrados de televisión y otras ayudas electrónicas. Una patrulla de edificios establecida por la Organización Woodlawn para el complejo de viviendas TWO, en un barrio predominantemente negro de Filadelfia, adoptó una estrategia especialmente interesante. La mayoría de los miembros de la patrulla de la TWO eran o habían sido miembros de la banda Blackstone Rangers. Los miembros del personal contrataron a miembros de la banda "porque conocen la zona y a los pandilleros". Eso tiene un efecto bastante bueno en algunas personas que podrían estar involucradas en robos".²⁸ Los residentes del complejo de viviendas informaron de pocos problemas de delincuencia y dijeron que las zonas con patrullas de la TWO eran muy seguras.²⁹

Las patrullas de barrio cubren principalmente las calles y las zonas públicas más que los edificios. A diferencia de las patrullas de edificios, las patrullas vecinales tienen contacto frecuente con la policía pública y a menudo pueden coordinar sus esfuerzos con la policía. Si las patrullas son responsables de grandes áreas, es probable que no puedan distinguir a los extraños de los residentes, por lo que deben centrarse en la observación de comportamientos indeseables o sospechosos. Las patrullas vecinales pueden actuar a pie o en coche, y algunas observan las zonas propensas a la delincuencia desde puntos fijos en los edificios. A menudo utilizan radios para informar de sus observaciones a una estación base o directamente a la policía.

Una patrulla voluntaria "típica" podría ser la de East Midwood, en Brooklyn.³⁰ En 1980, la patrulla contaba con 120 miembros voluntarios que realizaban patrullas durante toda la noche los 365 días del año. Enseñaban técnicas de seguridad a los hogares y vigilaban a los merodeadores y asaltantes. Los gastos se cubrían con donaciones de 10 dólares al año de las casas de la zona de patrulla de 25 manzanas; el 85% de los hogares contribuyeron en 1980.

Muchas patrullas vecinales complementan los servicios policiales y se organizan con la ayuda de la policía pública. Otras han asumido un papel más adverso, sustituyendo la percepción de falta de presencia de la policía pública.³¹ Por ejemplo, la Agencia de Protección de la Comunidad de West Park fue organizada por un residente negro de Filadelfia porque "cuando los negros empezaron a mudarse a la zona la policía se volvió permisiva".³² El organizador realizaba vigilancias y patrullas, se registraba en los negocios y firmaba en las hojas de registro de la policía. La policía le acusó inicialmente de vigilantismo, pero acabó reconociendo las ventajas de cooperar con el grupo de patrullas de West Park y, tras un cambio de nombre de la organización, se establecieron vínculos con la policía. Pero este tipo de cooperación no siempre se desarrolla. Los Panteras Negras empezaron como una pequeña organización de patrulla del gueto, pero no para proteger el barrio de los delincuentes. "Los negros querían protección del... [departamento de policía] que se suponía que les protegía", así que los Panthers proporcionaban "guardias para los guardias" siguiendo a los coches de policía que patrullaban la zona y vigilando las detenciones.³³ Llevaban armas legales para desalentar el acoso ocioso de los negros por parte de la policía. Posteriormente, los Panteras Negras se involucraron en algunos proyectos controvertidos, y parece que hubo poca cooperación entre el grupo y la policía.

Calles privadas. Uno de los planes de privatización cooperativa más completos de la historia reciente está en marcha en St. Louis y University City, Missouri. Como señaló Oscar Newman

Louis, Missouri, ha llegado a personificar la impotencia de los recursos federales, estatales y locales para hacer frente a las consecuencias de los cambios demográficos a gran escala. Sin embargo, dentro de esas mismas zonas de San Luis que han experimentado el cambio de población más radical hay una serie de calles en las que los residentes han adoptado un programa para estabilizar sus comunidades, disuadir la delincuencia y garantizar las necesidades de un estilo de vida de clase media. Estos residentes han sido capaces de crear y mantener por sí mismos lo que su ciudad ya no era capaz de proporcionar: bajos índices de delincuencia, valores inmobiliarios estables y un sentido de comunidad.... La característica distintiva de estas calles es que han sido devueltas por la ciudad a los residentes y ahora son legalmente propiedad de los propios residentes y se encargan de su mantenimiento.³⁴

La existencia continuada de calles privadas en San Luis, junto con el aumento de las peticiones de los residentes para convertir sus calles en privadas, indica que la privatización y el cierre proporcionan mayor seguridad y estabilidad. En 1970, por ejemplo, Westminster Place, en San Luis, estaba muriendo económicamente. Los residentes de ingresos medios habían visto caer en picado el valor de sus propiedades durante la década de 1960, a medida que se instalaba el "tizón urbano". Además, se calcula que unos 6.000 coches diarios utilizaban Westminster Place para evitar los semáforos de los grandes bulevares cercanos. Las prostitutas encontraron en el barrio una atractiva zona de negocios. Pero en 1970 los residentes restantes solicitaron a la ciudad que les cediera las calles: "Enfrentándose a la plaga urbana, a la delincuencia y al miedo que hace huir a los residentes, los habitantes de [Westminster Place y otros] barrios... encontraron una solución poco convencional a un problema común: compraron sus barrios".³⁵

La ciudad accedió a las peticiones de privatización a cambio de que los residentes asumieran la responsabilidad del mantenimiento de las calles, el alcantarillado y el alumbrado público, la

recogida de basuras y cualquier servicio de seguridad por encima de la respuesta normal de los bomberos y la policía. Los títulos de propiedad de las calles se confieren a una asociación de calles incorporada a la que todos los propietarios deben pertenecer y pagar cuotas. Las asociaciones de calles, la mayoría de las cuales son propietarias de una o dos manzanas, tienen derecho a cerrar la calle al tráfico, de modo que los únicos coches que circulan por ella son los residentes y sus visitantes. "Es su calle y esa propiedad da al barrio un alto grado de cohesión".³⁶ De hecho, un amplio estudio sobre las calles privadas de St. Louis y University City descubrió que los residentes "necesitaban la garantía de que los propietarios vecinos compartían tanto sus valores como su capacidad financiera para mantener los estándares de la propiedad de la vivienda... la preocupación por la seguridad de su inversión era un factor crítico que llevaba a los residentes de orientación urbana a la elección de una casa en una calle privada."³⁷ El estudio descubrió que este comportamiento cooperativo ha reducido sustancialmente la delincuencia. Una comparación de los índices de delincuencia en las calles privadas y en las calles públicas adyacentes reveló que la delincuencia era significativamente menor en las calles privadas en prácticamente todas las categorías. El índice de delincuencia era un 108% mayor en una calle pública adyacente que en Ames Place, una calle privada. En general, las calles privadas rodeadas de poblaciones socialmente disímiles en zonas de alta criminalidad tienen niveles de criminalidad sustancialmente más bajos que sus vecinos.³⁸ Newman concluyó: "El efecto final de esta definición simbólica de la calle es que los residentes llegan a pensar que la calle es su barrio."³⁹

La privatización crea un vínculo que permite la cooperación recíproca en la prevención de la delincuencia que recuerda al sistema anglosajón de diezmo del vecindario. Si un extraño entra en la zona, es probable que se le preste atención. En consecuencia, la privatización de las calles parece tener el mayor efecto de disuasión de los delitos contra las personas y de los delitos de oportunidad, como las agresiones, los robos de carteras y los robos relacionados con el automóvil.⁴⁰ Al parecer, los delincuentes se dan cuenta de que es más probable que los residentes de las calles privadas se fijen en ellos como extraños, por lo que los índices de delincuencia son más bajos en las calles privadas de ingresos medios a pesar de su proximidad a los barrios más pobres.

Estos arreglos de calles privadas son cada vez más comunes, aunque hay pocos ejemplos documentados en la misma medida que el arreglo de St. Muchas urbanizaciones residenciales y comerciales cuentan con calles privadas y acuerdos de seguridad privada. La urbanización en la que vivo en Tallahassee (Florida) cuenta con calles privadas que incluyen normas de circulación y un servicio de vigilancia del vecindario contra la delincuencia que complementa la prestación de servicios policiales generales por parte del sheriff del condado. Otras urbanizaciones de la zona tienen una seguridad privada más importante, con muros, guardias de seguridad privados o puertas que requieren códigos para entrar. En California y Florida, urbanizaciones enteras han sido amuralladas y hay guardias de seguridad en las puertas.⁴¹ Las grandes urbanizaciones comerciales suelen tener su propia fuerza de seguridad y de control del tráfico, y los centros comerciales suelen tener carriles para el flujo del tráfico en sus amplios aparcamientos, con señales de stop, carriles para incendios y otras normas de control del tráfico. Las calles privadas no son muy inusuales.

Policía privada

Durante la década de 1960, los gastos y el empleo de los servicios de seguridad por contrato crecieron un 170 y un 130 por ciento.⁴² Según una empresa de investigación sobre el cumplimiento de la ley de Virginia, en un informe preparado para el Departamento de Justicia, los servicios de seguridad privada suponen ahora mucho más empleo y dinero que los servicios

policiales locales, estatales y federales juntos.⁴³ La tabla 9.3 detalla el número de empresas y empleados de las agencias de detectives y de la industria de servicios de protección (SIC 7393). Sin embargo, esto es sólo una fracción del empleo total de policías y guardias privados, ya que muchas empresas y organizaciones tienen sus propias fuerzas de seguridad. Por ejemplo, se calcula que sólo en California había 142.000 guardias privados en 1984. "Parecen estar visibles en casi todas las manzanas de la ciudad, dondequiera que haya edificios de oficinas y plantas industriales que se presenten como objetivos atractivos de robo, incendio o sabotaje".⁴⁴ En 1982, se pagaron 21.700 millones de dólares a unos 1,1 millones de empleados de seguridad a tiempo completo, 449.000 de ellos en empresas individuales, y el resto relacionados con servicios contractuales (unidades de vigilancia, investigación, servicios de alarma, etc.).⁴⁵ Un gran número de nuevas empresas se incorporan al mercado prácticamente cada año, mientras que el tamaño medio de las empresas también ha aumentado. En 1964, cada empresa tenía una media de 31,3 empleados, que pasó a 46,5 en 1981. Además, los expertos de la industria de la seguridad esperan que el ritmo de crecimiento de la seguridad privada se acelere aún más a medida que las empresas privadas asuman más responsabilidades en el control de la delincuencia.

La policía privada realiza muchas funciones más allá de patrullar o vigilar edificios residenciales, vecindarios y sedes corporativas. También se encargan de la seguridad de aeropuertos, estadios deportivos, hospitales, universidades, edificios gubernamentales estatales y municipales, bancos, fábricas, hoteles y tiendas. Proporcionan servicios de furgones blindados y sistemas de alarma en centrales. Los empleados de la seguridad privada van desde guardias o vigilantes contratados con un salario mínimo en establecimientos minoristas, donde los requisitos de cualificación son mínimos, hasta puestos de guardia en sedes corporativas que requieren estu-

Cuadro 9.3 NÚMERO DE EMPRESAS Y EMPLEADOS EN SIC 7393: AGENCIAS DE DETECTIVES Y SERVICIOS DE SEGURIDAD, 1964-1981

Año	Número de empresas	Número de empleados
1964	1.988	62.170
1965	2.146	71.427
1966	2.418	85.057
1967	2.558	96.614
1968	2.981	118.451
1969	3.145	133.238
1970	3.389	151.637
1971	3.570	163.700
1972	3.822	182.665
1973	4.182	202.561
1974	5.295	249.663
1975	5.533	253.123
1976	5.841	248.050
1977	6.312	268.684
1978	6.204	287.380
1979	6.502	310.333
1980	6.752	337.617
1881	7.126	331.294
Variación porcentual		
1964-81	285,5%	432,9%
1970-79	91,9%	104,7%

Fuente: Actividad económica por condados (Washington D.C. Departamento de Comercio. Oficina del Censo, varios años.)

-dios universitarios y una formación adicional considerable, pasando por guardaespaldas y consultores de seguridad altamente cualificados. El sector ha desarrollado un alto nivel de especialización en los últimos 25 años. De hecho, "está surgiendo una nueva persona de seguridad, altamente formada, más educada y más capaz de satisfacer las crecientes complejidades de la profesión de seguridad".⁴⁶

El mercado de la policía está creciendo por varias razones. El aumento del índice de criminalidad de los años 60 contribuyó al crecimiento del sector, pero ese crecimiento ha continuado durante los años 70 y 80, cuando los índices de criminalidad han sido algo más estables. Además, como señaló el informe de Hallerest Systems, el crecimiento acelerado del empleo en la seguridad privada se ha producido al mismo tiempo que "un número creciente de estadounidenses adoptó medidas de autoayuda contra la delincuencia, aumentando el uso de cerraduras, iluminación, armas, alarmas antirrobo, [y] patrullas ciudadanas".⁴⁷ La tecnología ha desempeñado un papel importante en la rápida expansión de los servicios policiales privados, ya que los nuevos equipos electrónicos han hecho que la detección y la disuasión sean más eficaces. La formación también ha mejorado notablemente, haciendo que la policía privada sea una fuente de seguridad más atractiva. Por último, el efecto neto de todos los esfuerzos de control de la delincuencia del sector privado ha sido reducir la demanda de servicios policiales de la ciudad en relación con lo que sería, por lo que se ha producido una transferencia de la función policial del sector público al privado.⁴⁸

Tribunales privados

En los últimos años han surgido tribunales privados para resolver muchos litigios. El sector privado aún no se ha introducido en gran medida en la adjudicación penal, pero hay indicios de que ese movimiento puede estar en marcha. Además, una de las principales razones de la rápida expansión de los tribunales privados en la resolución de litigios son los largos retrasos previos al juicio en el sistema judicial público. Dado que los casos penales pueden adelantarse a los casos civiles en la lista de causas, los litigios civiles sufren el mayor retraso, lo que supone un mayor incentivo para trasladar los casos fuera de los tribunales públicos.

La mediación y el arbitraje son las principales técnicas de resolución no judicial de conflictos.⁴⁹ En la mediación intervienen terceros imparciales que ayudan a las partes en litigio a llegar a un acuerdo. El arbitraje implica a personas imparciales a las que se les da autoridad para determinar el resultado de la disputa. Los mediadores suelen trabajar para llegar a un compromiso, pero los árbitros toman decisiones basadas en el fondo del caso. Tanto la mediación no judicial como el arbitraje se utilizan en conflictos comerciales y de consumo, en las relaciones entre trabajadores y empresarios, en conflictos vecinales y familiares, e incluso en conflictos medioambientales. Se ha sugerido que "las múltiples aplicaciones posibles de las diversas formas de resolución de conflictos apenas están empezando a explorarse".⁵⁰ Pero estos métodos de resolución de conflictos tienen una historia mucho más larga que la de los tribunales gubernamentales, y sus "posibles aplicaciones" simplemente están empezando a resurgir.

La mediación. La mediación ha sido una parte integral de la práctica empresarial desde que el comercio ha sido significativo. Como explicó Edmund Burke en 1791, "el mundo está gobernado por intermediarios". Estos intermediarios influyen en la persona con la que mantienen la relación, declarando su propio sentido a cada uno de ellos como el sentido del otro; y así dominan recíprocamente a ambas partes".⁵¹ Cuando se llega a un acuerdo entre dos partes con la ayuda de un intermediario, entonces el acuerdo se alcanza por mediación. Hay un elemento de mediación en la negociación de muchos y quizás todos los contratos. "Que existe una estrecha relación entre la mediación y el principio de ordenación del contrato ciertamente no requiere

demostración..... Una de las tareas más comunes del mediador es facilitar la negociación de contratos complicados".⁵² Por lo tanto, dado que la especialización y el comercio cada vez mayores caracterizan a todas las sociedades modernas y que se necesitan acuerdos contractuales cada vez más complejos para facilitar dicho comercio, el uso de la mediación en este ámbito no ha dejado de crecer durante siglos.

Uno de los usos más visibles de la mediación es el de los conflictos entre trabajadores y empresarios. La consecuencia de esta resolución de conflictos genera beneficios mutuos, que son buscados por dos comerciantes y logrados con la ayuda de un mediador. El comercio que requiere un contrato suele implicar a dos partes atraídas por las posibles ganancias recíprocas y repelidas por la falta de familiaridad y confianza mutuas. El nivel de confianza puede ser suficiente para que dos partes negocien su contrato sin un mediador, por supuesto, pero en estas circunstancias las dos partes se han unido para realizar la "función mediadora".⁵³ El conflicto potencial sigue existiendo, o el contrato no sería necesario.

La mediación sólo puede resolver un conflicto cuando ambas partes aceptan voluntariamente la solución propuesta. Por lo tanto, debe haber un potencial de ganancia recíproca para que la mediación sea una opción viable para resolver un desacuerdo. De hecho, una de las principales "funciones que puede desempeñar el mediador ... [es] la de recordar a las partes que sus negociaciones constituyen una empresa cooperativa y que uno no obtiene necesariamente una ganancia para sí mismo simplemente porque niega al otro algo que desea".⁵⁴

Un ejemplo particular de mediación es especialmente intrigante. Se suele argumentar que la existencia de externalidades medioambientales requiere la intervención de una autoridad coercitiva porque los individuos del sector privado no serán capaces de resolver tales problemas (este argumento es paralelo al de la provisión autoritaria de la ley y el orden del capítulo 11). Pero los conflictos medioambientales se resuelven cada vez más a través de la mediación privada. Por ejemplo, un proyecto de tala de árboles en el Bosque Nacional Francis Marion de Carolina del Sur amenazaba la zona de nidificación de la rara curruca de Backman. Como informaron Denenberg y Denenberg "La disputa sobre la curruca... se resolvió de forma sencilla y amistosa, porque los antagonistas, la Federación Nacional de Fauna y Flora Silvestres y el Servicio Forestal de EE.UU., dieron con una ingeniosa forma de evitar su estancamiento".⁵⁵ Cada parte de la disputa eligió a un biólogo para formar parte de un panel de mediación, y conjuntamente eligieron a un tercero. Tras seis meses de deliberaciones, los tres científicos propusieron que no se realizara ninguna tala en el entorno de madera dura de las tierras bajas que preferían las currucas, y que se permitiera la tala de pinos de las tierras altas. Ambas partes aceptaron la recomendación.

Un abogado de la National Wildlife Federation consideró que la experiencia fue "inesperadamente agradable" y concluyó que, evidentemente, no siempre es necesario un juez y un jurado para resolver las disputas medioambientales. "Cada vez más, su creencia es compartida en ambos lados de las líneas de batalla del medio ambiente, lo que refleja el desencanto con la sala de justicia como el foro para tomar decisiones sobre el uso de los recursos naturales, la protección de la flora y la fauna, la preservación del aire y el agua limpios, la eliminación de los residuos tóxicos, y una serie de cuestiones relacionadas. Los antagonistas han empezado a recurrir a los servicios de un cuerpo cada vez más numeroso de mediadores medioambientales".⁵⁶

Existen numerosos ejemplos de éxito en la mediación de conflictos medioambientales, entre los que se incluyen: 1) un acuerdo sobre los niveles de agua entre una comunidad lacustre de Maine y la presa hidroeléctrica que controla los niveles; 2) los acuerdos necesarios para que una gran central eléctrica de Massachusetts deje de quemar petróleo (importado) y pase a quemar carbón (nacional); 3) la resolución de un conflicto sobre la ubicación de un vertedero municipal

en Wisconsin; y 4) la creación de un sendero recreativo a lo largo de un ramal ferroviario abandonado en Misuri. Estos y otros éxitos han llevado a algunos observadores a concluir que "los litigios no son eficaces. Hay retrasos increíbles, costes elevados e incluso cuando alguien es declarado vencedor no se siente ganador".⁵⁷ Por ejemplo, las sentencias de los tribunales públicos pueden dictarse sobre la base de algún estrecho punto técnico que deja la cuestión de fondo sin resolver. Además, el sistema judicial adversarial no busca un compromiso; fuerza una solución y prácticamente garantiza futuros enfrentamientos entre las partes.

El sector privado es capaz de generar acuerdos incluso cuando no existe una ley rectora (como un contrato), de modo que lo único que se necesita es la adjudicación (es decir, la aclaración de los derechos de propiedad existentes). El arbitraje, por ejemplo, se utiliza principalmente para dirimir los conflictos sobre los contratos existentes. Además, la mediación tiene otras ventajas. Puede utilizarse para centrar el debate en el verdadero conflicto. Por ejemplo, en un enfrentamiento relacionado con la ubicación de un vertedero en Eau Claire (Wisconsin), varios grupos habían discutido sobre la idoneidad de la declaración de impacto ambiental del emplazamiento propuesto. La disputa parecía centrarse en la contaminación del agua, pero el mediador identificó las verdaderas preocupaciones: cómo iba a funcionar el vertedero, qué horas estaría abierto, quién podría utilizarlo, qué tipo de camiones viajarían hasta él y qué pasaría con el vertedero cuando estuviera lleno. Una vez delimitadas las verdaderas preocupaciones, sólo se necesitaron tres reuniones para llegar a un acuerdo que garantizara a los vecinos que el emplazamiento funcionaría de forma aceptable.⁵⁸

Centros comunitarios de resolución de conflictos. Desde la década de 1960, la mediación se ha utilizado en un centenar de programas para resolver "conflictos que los tribunales pueden considerar demasiado triviales o esquivos: peleas domésticas, riñas entre vecinos y animosidades similares entre grupos étnicos".⁵⁹ Los programas de Los Ángeles, Filadelfia, Kansas City, Atlanta, San Francisco, Miami, Boston, Garden City, Nueva York y Cleveland han sido diseñados para buscar soluciones de compromiso a las disputas mediante el uso de voluntarios del vecindario para servir como mediadores (y a veces árbitros). Recientemente, estos programas han ido más allá de las disputas domésticas y vecinales para considerar los incidentes criminales. En un ejemplo, un tendero de Los Ángeles presentó una denuncia contra un joven negro que había robado en su tienda. El propietario de la tienda no quería involucrar a la policía porque quería evitar alienar a sus clientes negros.⁶⁰

Uno de los primeros proyectos de resolución de conflictos de la comunidad fue el de la Asociación Americana de Arbitraje de Filadelfia, que empezó a juzgar casos penales menores en 1969. El éxito de este tribunal privado proporcionó el impulso para trasladar los casos penales menores a los centros de justicia del barrio. Algunos de estos acuerdos no eran en realidad alternativas privadas voluntarias a los tribunales públicos, sino que requerían un importante papel autoritario en su desarrollo, financiación y administración. Si los programas fracasan cuando se retira la financiación, como ha ocurrido en los últimos años, algunos observadores pueden concluir que el sector privado es simplemente incapaz de prestar servicios de resolución de conflictos basados en el barrio o la comunidad. Debemos reconocer el potencial de tales fracasos en este momento y darnos cuenta de que, con toda probabilidad, los fracasos reflejan las características de esos sistemas particulares basados en la comunidad que han sido impuestos por los funcionarios públicos.

Posible fracaso de los acuerdos de "resolución de conflictos comunitarios": ¿Fracaso del sector privado o del gobierno? El concepto de "resolución alternativa de conflictos" se convirtió en un punto de interés para los reformistas legales hace algún tiempo, pero también fue recogido por la American Bar Association y por los jueces como un posible remedio para la congestión de

los tribunales. Los abogados y los jueces empezaron a diseñar nuevos programas de mediación para los barrios de bajos ingresos y minorías, en un esfuerzo por sacar sus disputas de los tribunales públicos. Estas disputas "menores" se consideraban "inapropiadas para ser juzgadas" por los tribunales públicos. Muchos de los nuevos centros de justicia de barrio fueron patrocinados y financiados por el Departamento de Justicia "y ubicados de forma segura dentro del sistema judicial."⁶¹ Prácticamente todos los casos fueron remitidos a los centros por los jueces o fiscales, y pocos miembros de la "comunidad" llevaron voluntariamente las disputas allí para su resolución. En un informe de 1980, el Departamento de Justicia reconoció que varios de sus proyectos eran básicamente extensiones del sistema judicial público.⁶² En muchos casos, los fiscales y otros funcionarios del sistema de justicia penal han utilizado medios "muy persuasivos" para conseguir que la gente participe en los acuerdos de "resolución de disputas vecinales". Un informe del Departamento de Justicia descubrió que "las formas sutiles de presión coercitiva (como la amenaza de enjuiciamiento penal si alguien no comparece) son elementos importantes en la creación de un número considerable de casos."⁶³ Estos tribunales son percibidos con precisión como parte del sistema de justicia del sector público. Los mediadores pueden ser voluntarios de la comunidad, lo que les da cierta apariencia de sector privado, pero los litigantes no son voluntarios y el fracaso de un programa no debería caracterizarse como un fracaso del sector privado.

¿Significa esto que la mediación privada no es una alternativa viable para la resolución de conflictos? Definitivamente no. El papel de la mediación en la contratación, en los conflictos medioambientales y en algunas comunidades, sigue creciendo. Los centros comunitarios de resolución de conflictos en vecindarios estables basados en el reconocimiento voluntario de las reciprocidades en lugar de la coerción gubernamental pueden tener éxito. El fracaso de un programa patrocinado por el gobierno no implica que otras instituciones verdaderamente diseñadas para el beneficio de los posibles disputantes vayan a fracasar.

El arbitraje. Se ha argumentado que el resurgimiento moderno del arbitraje comercial en Estados Unidos puede remontarse a la Guerra Civil estadounidense.⁶⁴ El bloqueo naval del Sur provocó una tremenda congestión judicial en Inglaterra debido a las disputas contractuales sobre la compra, entrega y venta de algodón a los mercados británicos. Muchos propietarios de barcos no estaban dispuestos a cumplir el bloqueo, los barcos se hundían y los precios fluctuaban de forma impredecible. Surgieron más complicaciones debido a la neutralidad británica y a las leyes de contrabando de guerra. El seguro no estaba disponible o conllevaba disposiciones nuevas y extremadamente complejas desarrolladas debido a la tremenda incertidumbre. Estas disposiciones requerían una reinterpretación con cada nueva contingencia.

Debido a las dificultades e incertidumbres relacionadas con el bloqueo y el consiguiente retraso en los tribunales públicos, la Asociación Algodonera de Liverpool acordó insertar cláusulas de arbitraje en sus contratos para evitar los tribunales gubernamentales cuando surgieran disputas. "El arbitraje demostró ser tan exitoso para ajustar las diferencias sin los gastos, inconvenientes y rencores de los juicios, que otras asociaciones comerciales de Liverpool adoptaron el dispositivo, primero la Corn Trade Association y luego la General Brokers Association".⁶⁵

El éxito en Liverpool condujo a la adopción del arbitraje en Londres, primero por los grandes comerciantes de productos básicos (maíz, semillas oleaginosas, algodón y café), seguido por los comerciantes de acciones y productos, y luego por las asociaciones profesionales de arquitectos, ingenieros, agentes inmobiliarios y subastadores. "En 1883, un corresponsal del London Times podía escribir que 'oficios y profesiones enteras han dado prácticamente la espalda a los tribunales'. ... Una vez que se probaron los 'tribunales privados', sus ventajas se

hicieron rápidamente evidentes, y la comunidad mercantil londinense, que sólo unos años antes había estado haciendo averiguaciones tentativas sobre la experiencia de Liverpool con el arbitraje, se encontró ahora con el objeto de una investigación estadounidense."⁶⁶

El Colegio de Abogados de Filadelfia envió un investigador a Londres para conocer el proceso de arbitraje y su informe puede haber sido en parte responsable del resurgimiento del arbitraje comercial en Estados Unidos a finales del siglo XIX. Sin embargo, lo más significativo es que

su resurgimiento se vio alimentado por la convergencia de la organización empresarial y la regulación gubernamental durante los primeros años del siglo XX... cuanto más fuerte es el estado regulador, más fuerte es el deseo de tener esferas de actividad voluntaria más allá de su control. El crecimiento del Estado regulador inquietó a los defensores de la autonomía comercial, que recurrieron al arbitraje como escudo contra la intrusión gubernamental. El arbitraje... permitía a los empresarios resolver sus propios problemas "a su manera, sin recurrir a la torpe y pesada mano del gobierno".⁶⁷

El derecho mercantil empezó a volver a manos privadas.

La principal área de rápido desarrollo del arbitraje comercial fue en las asociaciones comerciales. A finales de la Primera Guerra Mundial, el arbitraje se había convertido en la práctica preferida entre muchos de estos grupos, y desde entonces "ha crecido hasta alcanzar proporciones que hacen que los tribunales sean un recurso secundario en muchas áreas y completamente superfluo en otras".⁶⁸ En 1977, las compañías de seguros arbitraban más de cincuenta mil reclamaciones.⁶⁹ La Asociación Americana de Arbitraje (AAA), el mayor grupo de árbitros con 25 oficinas regionales y 23.000 asociados en todo el país en 1970, ayudó a resolver unos 22.000 conflictos ese año. En 1978, la AAA resolvió 48.000 disputas, un aumento del 118,2% en sólo ocho años.⁷⁰ Desde la fundación de la asociación en 1926, clases enteras de litigios se han eliminado por completo de los tribunales.⁷¹ Aun así, un estudio realizado a mediados de la década de 1950 reveló que la AAA realizaba sólo el 27% de todos los arbitrajes comerciales.⁷²

Una forma de hacerse una idea del alcance del uso del arbitraje es examinar algunas de las disputas que se arbitran. El arbitraje comercial está muy extendido, por ejemplo, y muchos acuerdos comerciales incluyen una cláusula de arbitraje en sus contratos. La AAA tiene una cláusula estándar que se inserta en prácticamente todos los acuerdos, facturas de venta o contratos en muchas industrias. Dice así:

Cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o esté relacionada con él, o con su incumplimiento, se resolverá mediante arbitraje de acuerdo con el Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje, y la sentencia sobre el laudo dictado por los árbitros podrá presentarse ante cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre el mismo.⁷³

Además, las asociaciones nacionales de arquitectos, ingenieros, contratistas y subcontratistas han adoptado el Reglamento de Arbitraje de la Industria de la Construcción. Cada año se presentan unos 2.800 casos ante la AAA en virtud de estas normas, en su mayoría relacionados con conflictos entre contratistas o subcontratistas y propietarios de edificios. La National Association of Home Builders ha puesto en marcha un programa de garantía para propietarios de viviendas que ofrece el arbitraje de las quejas de los compradores contra los constructores de la asociación. La garantía se había aplicado a unas 950.000 viviendas en 1981, y la AAA resolvió 1.800 casos en 1980.⁷⁴

Muchas industrias y asociaciones comerciales han establecido sus propias cláusulas y procedimientos de arbitraje. Las industrias que requieren relaciones estrechas y continuas entre sus miembros (por ejemplo, la Bolsa de Nueva York) suelen adoptar el arbitraje. Del mismo modo, las industrias en las que la calidad del producto es una cuestión de interpretación -como la industria textil y la Asociación de Distribuidores de Alimentos- utilizan el arbitraje. Varias asociaciones han creado incluso juntas de apelación (por ejemplo, la Spice Trade Association y la American Cotton Shippers Association). La mayoría de las asociaciones atestiguan la creciente aceptación del arbitraje y la disminución del uso de los tribunales públicos por parte de sus miembros.⁷⁵

Los litigios de los consumidores se resuelven cada vez más mediante el arbitraje. El Council of Better Business Bureaus gestiona programas de arbitraje para los consumidores en muchas partes del país y anima a las empresas a comprometerse previamente al arbitraje de las quejas de los clientes.⁷⁶ Normalmente, el BBB intenta una conciliación informal en estos casos; si esto falla, el cliente y la empresa pueden elegir un árbitro de entre un grupo de voluntarios. En muchos casos, la audiencia de arbitraje se celebra en el domicilio del consumidor para poder examinar la mercancía defectuosa. Varios fabricantes de automóviles tienen contratos con el Consejo de BBB para arbitrar las quejas de los propietarios de automóviles. Además, la AAA arbitra más de 15.000 casos de seguros de automóviles al año.⁷⁷

El arbitraje se está utilizando también en otros conflictos de consumo. Por ejemplo, el arbitraje por negligencia médica, iniciado en 1929, va en aumento a medida que los litigios por negligencia se han vuelto más costosos y generalizados. El acuerdo previo es importante en este caso. Por ejemplo, los suscriptores de la Fundación Kaiser de planes de salud en California, el mayor sistema de atención médica prepagada del país, aceptan el arbitraje de cualquier reclamación cuando se inscriben. Las asociaciones de hospitales y médicos de California patrocinan un sistema de arbitraje de 200 hospitales, y la AAA también ofrece arbitraje por negligencia médica.⁷⁸

Algunos países cuentan con "tribunales laborales" formales, pero Estados Unidos se basa principalmente en el arbitraje de los conflictos entre trabajadores y empresarios. La mayoría de los convenios colectivos tienen cláusulas de arbitraje para las quejas de los empleados, y cada año se deciden decenas de miles de casos entre trabajadores y empresarios. Algunos sectores nombran "árbitros permanentes" que conocen de todos los casos que se plantean. Otras incorporan una lista de árbitros en el convenio colectivo, y otras eligen a los árbitros caso por caso a partir de listas facilitadas por organismos neutrales. La AAA, por ejemplo, tenía una lista de unos 3.000 árbitros laborales en 1983 y administraba unos 17.000 casos laborales al año.⁷⁹ Del mismo modo, el Servicio Federal de Mediación y Conciliación tenía una lista de unos 1.400 árbitros para conflictos laborales e informó de que se habían realizado unos 14.000 nombramientos de arbitraje.

Durante los años 70 y principios de los 80, la AAA se involucró cada vez más en disputas penales y civiles menores, como peleas de barrio y delitos juveniles,⁸⁰ a través de su División de Disputas Comunitarias. También existen acuerdos similares con los tribunales locales. Por supuesto, se aplican algunas de las mismas calificaciones hechas anteriormente sobre algunos sistemas de resolución de disputas vecinales.

Influencia del gobierno en la evolución del arbitraje. El arbitraje, y en particular el arbitraje comercial, es innegablemente un proceso de resolución de conflictos del sector privado, pero compite con las instituciones gubernamentales que pueden intentar suprimirlo. Después del cambio de siglo, los abogados empezaron a reconocer esta amenaza para el proceso de resolución de disputas adversarial del gobierno, que habían llegado a dominar. En 1915, el Colegio de Abo-

-gados de Nueva York creó un comité para examinar formas de aliviar la presión sobre los tribunales. "El arbitraje captó la atención del comité, pero los abogados y los hombres de negocios querían obtener resultados diferentes de él. Los abogados, a la defensiva frente a las críticas, estaban ansiosos por mejorar su imagen pública, sin perder clientes, al tiempo que conservaban el control sobre la resolución de conflictos."⁸¹ Los empresarios querían una resolución de conflictos rápida y económica, basada en los usos y costumbres de los negocios, pero el Colegio de Abogados de Nueva York y la Cámara de Comercio unieron sus fuerzas para aprobar una ley neoyorquina de 1920 que hacía que los acuerdos de arbitraje fueran vinculantes según la ley de Nueva York y se pudieran aplicar en los tribunales de ese estado. Desde entonces, todos los demás estados han aprobado leyes similares.

Muchos observadores afirman que estas leyes hacen viable el arbitraje. Landes y Posner, por ejemplo, sostienen que las cláusulas de arbitraje en los contratos son "efectivas, en gran parte de todos modos, sólo porque los tribunales públicos hacen cumplir dichos contratos; si no lo hicieran, a menudo no habría ninguna sanción efectiva contra la parte que simplemente incumple el contrato de arbitraje".⁸² En otras palabras, el arbitraje privado es una opción viable a los tribunales públicos, porque está respaldado por esos tribunales públicos. Esta afirmación es manifiestamente falsa. El desarrollo histórico del Law Merchant demuestra que se puede producir una sanción de boicot importante por parte de la comunidad comercial. De hecho, el Law Merchant internacional sigue sobreviviendo y floreciendo sin el respaldo de una autoridad gubernamental coercitiva. Sin embargo, fue durante los años anteriores a 1920 cuando el arbitraje comenzó a ponerse de moda, especialmente entre las asociaciones comerciales, por lo que el proceso estaba bien establecido antes de que la coerción gubernamental estuviera disponible. La comunidad de comerciantes respaldaba los fallos con sanciones similares a las que se produjeron bajo el derecho mercantil medieval. Cualquiera que se negara a aceptar la decisión de un árbitro se encontraba con que se le retiraba el acceso al tribunal de arbitraje de su asociación comercial o veía cómo su nombre se daba a conocer a los miembros de la asociación: "estas sanciones eran mucho más temibles que el coste del laudo con el que se estaba en desacuerdo. Las adjudicaciones voluntarias y privadas se cumplían si no por honor, por interés propio".⁸³ Esto no significa, sin embargo, que el estatuto de Nueva York y todos los que le siguieron no hayan tenido un impacto en el arbitraje. De hecho, el efecto es precisamente el contrario al sugerido por Landes y Posner: El arbitraje se convirtió en una alternativa menos atractiva a los tribunales públicos de lo que habría sido en ausencia de estas leyes.

¿Cómo puede ser esto? El problema es que lo que la ley del estatuto protegía, el gobierno también lo controlaba.⁸⁴ Después de la aprobación del estatuto de Nueva York, por ejemplo, se presentó un enorme número de casos en los tribunales, ya que los empresarios trataban de determinar qué características del arbitraje serían consideradas "legales" por los tribunales. Los casos se referían a cuestiones como la forma adecuada de seleccionar a los árbitros, si los abogados debían estar presentes (los abogados empezaron a participar activamente en el arbitraje gracias a estos estatutos), si debían tomarse notas taquigráficas de los procedimientos, etc. Un caso implicó a tribunales de dos estados, dio lugar a dos recursos ante un tribunal de circuito de apelaciones, produjo cinco opiniones judiciales -tres sobre cuestiones jurisdiccionales- y tardó más de cinco años en resolverse. Los empresarios, obligados a prestar atención a la perspectiva de la revisión judicial, tuvieron que hacer que sus procesos de arbitraje fueran compatibles con los estatutos y el derecho precedente, incluido el procedimiento judicial público.

Algunos de los aspectos más atractivos de la alternativa del arbitraje se debilitaron sustancialmente como resultado directo de la legalización del proceso. En particular, el arbitraje ha adquirido un carácter "legalista" mucho más complejo, el arbitraje es menos un procedimiento sumario, la preocupación por las leyes impuestas por el gobierno es relativamente más significa-

-tiva y el arbitraje es más costoso. El gobierno no ha eliminado el arbitraje como competidor, pero los estatutos de arbitraje han limitado su competitividad. Un profesor de derecho mercantil de Harvard que observó el período inmediatamente posterior a la aprobación de los estatutos de arbitraje lo sugirió así cuando escribió: "Hay una ironía en el destino de quien toma precauciones para evitar el litigio sometiendo al arbitraje, y que, como recompensa por su dolor, se encuentra en los tribunales luchando no por los méritos de su caso, sino por los méritos del arbitraje ... [esta] tragicomedia monumental [demuestra el éxito del proceso legal del gobierno en] frustrar los esfuerzos legítimos para escapar de su tortuoso procedimiento".⁸⁵

El arbitraje comercial ha continuado enfrentándose a los ataques del establishment legal desde la década de 1920. Durante la década de 1930, por ejemplo, muchos lo veían como una forma de que las empresas evitaran el imperio de la ley gubernamental. Pero las ventajas del arbitraje comercial son simplemente demasiado significativas, y el arbitraje privado sigue creciendo a expensas del sistema judicial público. Aunque el carácter del arbitraje privado se ha visto sustancialmente influido por los esfuerzos del gobierno por someterlo, en la década de 1950 casi el 75% de todas las disputas comerciales se resolvían ante árbitros en lugar de ante los tribunales públicos.⁸⁶ Los mismos factores explican el reciente fenómeno de las empresas privadas de resolución de conflictos con ánimo de lucro y los sistemas de "alquiler de jueces".

La justicia de alquiler de jueces. En 1976, dos abogados de California descubrieron un estatuto de 1872 que establece que los individuos en una disputa tienen derecho a una audiencia judicial completa ante cualquier árbitro que elijan.⁸⁷ En ese momento, California tenía un retraso de 70.000 casos en los tribunales públicos, con una media de retraso previo al juicio de 50 meses y medio.⁸⁸ Los dos abogados, que querían que un caso complejo se resolviera rápidamente, encontraron a un juez jubilado con experiencia en el área del litigio, le pagaron con las tarifas de los abogados y ahorraron a sus clientes una enorme cantidad de tiempo y gastos.⁸⁹

La ley de California (y leyes similares en varios otros estados) permite a las partes enfrentadas elegir un árbitro para "juzgar cualquiera o todas las cuestiones de una acción o procedimiento, ya sea de hecho o de derecho, e informar de una conclusión y sentencia al respecto".⁹⁰ Las conclusiones "harán las veces de conclusiones del tribunal". Cualquier persona que cumpla los requisitos para ser jurado puede actuar como juez privado, aunque prácticamente todos han sido jueces de tribunales públicos jubilados. No existe un recuento del número de casos de alquiler de jueces juzgados desde 1976, pero el coordinador de tribunales civiles del Tribunal Superior del condado de Los Ángeles estimó que varios cientos de litigios se habían resuelto de este modo durante los primeros cinco años. La mayoría de los casos se refieren a complejas disputas comerciales que los litigantes "consideran que los tribunales públicos no pueden juzgar rápida y adecuadamente".⁹¹

Las empresas privadas con ánimo de lucro han entrado en el mercado de la justicia durante los últimos años en prácticamente todos los estados. Civicourt, en Phoenix, y Judicate, en Filadelfia, ofrecen desde 1983 una resolución de conflictos rápida y económica.⁹² En marzo de 1987, Judicate empleaba a 308 jueces en 45 estados y ha sido llamado el "tribunal privado nacional". Una audiencia típica en Judicate dura uno o dos días. Los cargos por casos sencillos son de 600 dólares por sesión judicial, mientras que las demandas más complejas que implican a varias partes cuestan 1.000 dólares por sesión.⁹³ La mitad del dinero se paga al juez. Los procedimientos de Judicate son adaptaciones simplificadas de los procedimientos de los tribunales gubernamentales, que permiten las conferencias previas al juicio, el proceso de descubrimiento, las conferencias de conciliación, etc. En Civicourt, tres horas de tiempo del juez cuestan a cada litigante 250 dólares; después, cada hora adicional cuesta 75 dólares. La mayoría de los juicios se completan rápidamente, sin necesidad de jurados, y los juicios se celebran a conveniencia de las partes en litigio.

Sistemas similares se están desarrollando en otros lugares. La Washington Arbitration Services, Inc., creada en 1981, tiene cuatro oficinas franquiciadas en todo el estado. Judicial Mediation, Inc. de Santa Ana, California, y Resolution, Inc. de Connecticut, son empresas más recientes en el mercado judicial privado. Una de las primeras empresas de resolución de conflictos con ánimo de lucro fue EnDispute, Inc. que abrió en Washington, D.C., y Los Ángeles en 1982 y ofrece "mini-juicios". Desde entonces, la empresa ha añadido oficinas en Chicago, Cambridge, Massachusetts, y Santa Ana, California. Uno de sus éxitos fue un pleito de 61 millones de dólares entre American Can Co. y Wisconsin Electric Power Co., que debía durar al menos 75 días en el tribunal público. EnDispute organizó un tribunal compuesto por un ejecutivo de cada empresa y un asesor neutral. Se retiraron todas las demandas y se encontró una solución al problema.⁹⁴ Los mini-juicios se consideran ahora una opción atractiva para las empresas involucradas en lo que se espera que sean litigios grandes, largos y costosos.

Es probable que la adjudicación en el sector privado siga aumentando su importancia. Como señalan Denenberg y Denenberg, la "resolución privada de litigios es un método cuyas aplicaciones potenciales están limitadas únicamente por el ingenio de los posibles usuarios. Satisface una necesidad ampliamente sentida de justicia flexible y accesible".⁹⁵

Derecho consuetudinario

El resurgimiento del comerciante de leyes. En 1606, cuando Lord Edward Coke dictaminó que las decisiones de los tribunales privados podían ser revocadas por los tribunales reales, los tribunales de derecho consuetudinario obtuvieron una ventaja sustancial a la hora de competir por los casos comerciales. En esencia, la sentencia de Coke afirmaba que el Law Merchant no era un sistema de derecho independiente e identificable, sino una parte del common law. El uso de los tribunales privados para las disputas comerciales prácticamente desapareció. Pero el Law Merchant no murió. Durante los siglos XVI y XVII, el Law Merchant se volvió menos universal y más localizado y comenzó a reflejar las políticas, los intereses y los procedimientos de los distintos estados nacionales. La costumbre mercantil siguió siendo la fuente subyacente de gran parte del derecho comercial en Europa, en Estados Unidos y, en menor medida, en Inglaterra, pero difería de un lugar a otro. "Los estados nacionales exigían inevitablemente que sus políticas y preocupaciones autóctonas fueran tenidas en cuenta directamente en la regulación del comercio. Como resultado, evolucionaron sistemas jurídicos claramente nacionales como reguladores oficiales de los negocios nacionales e internacionales".⁹⁶ A medida que los casos comerciales eran asumidos por tribunales gubernamentales dominados por abogados nacionales en lugar de jueces mercantiles, se aplicaban naturalmente procedimientos localizados y leyes nacionales.

Los cambios fueron más llamativos en Inglaterra, donde los tribunales rechazaron muchos de los fundamentos del Law Merchant. Pero incluso en Inglaterra, el Law Merchant sobrevivió. Inglaterra era una gran nación comercial, y la costumbre seguía prevaleciendo en el comercio internacional. Los jueces ingleses tenían que competir con otros tribunales nacionales por la atención de los litigios de los comerciantes internacionales, por lo que tenían que reconocer la costumbre comercial en los casos relacionados con el comercio internacional si esperaban atraer esos casos. Una razón importante para ello era que el derecho civil de los países europeos había sido mucho más receptivo al Law Merchant que el common law inglés. "En el continente, el Law Merchant sufrió en cierta medida. Las prácticas mercantiles se codificaron a menudo en códigos comerciales que tenían un gran parecido con el Law Merchant medieval. En consecuencia, las leyes comerciales de los estados europeos a menudo incorporaban las prácticas comerciales dentro de sus marcos legales."⁹⁷ Hubo cierta fragmentación en la forma de la Ley Mercantil en toda Europa, pero hubo poca diferencia en su fondo. El comercio entre estos países geográficamente

-nte contiguos se había convertido en algo vital, y había un beneficio sustancial asociado al "libre comercio sin obstáculos por restricciones legales innecesarias."⁹⁸ Así, los códigos continentales eran un reflejo mucho más directo del Law Merchant que el common law inglés.

La tendencia hacia una creciente subyugación del Law Merchant comenzó a cambiar en el siglo XIX, cuando "las decisiones de Lord Holt y Lord Mansfield introdujeron en el common law inglés la mayoría de los usos y costumbres de los comerciantes ingleses, y el Law Merchant se convirtió en una parte integral del reino del common law, y de los tribunales del common law".⁹⁹ Algunos historiadores del derecho llaman a Mansfield el "fundador del derecho comercial" en Inglaterra, pero "Mansfield fue pionero en la recepción en el derecho inglés de un Law Merchant internacional basado en las prácticas de los comerciantes tanto del continente como de Gran Bretaña".¹⁰⁰ Mansfield argumentó con bastante fuerza que el derecho mercantil de Inglaterra tenía que desarrollarse a medida que se desarrollaba la práctica comercial y que tenía que reconocer los usos y costumbres comerciales. Sin embargo, el principal impulso para el reconocimiento del derecho mercantil en esta época fue la importante amenaza competitiva que suponía el control de los tribunales del common law sobre el derecho mercantil. Al parecer, la competencia internacional de los tribunales nacionales por la atención de los comerciantes era cada vez más intensa, y a medida que la posición relativa de Inglaterra en el comercio mundial comenzaba a declinar, los tribunales del common law empezaron a perder disputas comerciales internacionales a favor de los tribunales de otras naciones. Además, la Asociación de Comerciantes de Algodón de Liverpool adoptó cláusulas de arbitraje en sus contratos a principios de la década de 1860. Los tribunales del common law fueron testigos de una rápida pérdida de jurisdicción y no tuvieron más remedio que responder a la amenaza competitiva reconociendo al Law Merchant. Aproximadamente al mismo tiempo, muchas de las distintas jurisdicciones competitivas (por ejemplo, el common law, la equidad) se estaban combinando, por lo que la intensidad de la competencia interjurisdiccional entre los tribunales gubernamentales estaba disminuyendo. Esto puede haber contribuido al impulso de recurrir al arbitraje privado, ya que los tribunales combinados se enfrentarían claramente a incentivos aún más débiles que los tribunales más competitivos a la hora de reconocer la ley tal y como deseaba la comunidad mercantil. Los comerciantes, por tanto, tuvieron que crear otra fuente de presión competitiva para inducir a los tribunales públicos a reconocer sus leyes. Esta nueva fuente se convirtió en una amenaza competitiva mucho más importante que los tribunales públicos alternativos.

Sin embargo, el largo periodo de sometimiento no estuvo exento de costes. "El hecho de que el Law Merchant perdiera algunas de sus características identificativas en el derecho inglés, en efecto, reduce la función del Law Merchant a un papel incierto en nuestro sistema de common law. No queda claro en qué circunstancias los tribunales ingleses recurrirán a las instituciones del Law Merchant para decidir casos comerciales".¹⁰¹ Además, a medida que el common law se desarrollaba a través de los precedentes judiciales, especialmente antes de la influencia de Mansfield, la evolución de la costumbre y la práctica del Merchant se vio alterada de lo que podría haber sido. "Las costumbres del Derecho Mercantil que se adoptaron en los primeros tiempos del common law se han rigidizado a veces tanto en su contenido jurídico que han variado de sus orígenes mercantiles".¹⁰² La definición rígida de la costumbre y la exigencia de que sea coherente con la ley siguen siendo parte integrante del common law británico en su aplicación a los litigios comerciales. Siguen existiendo numerosos conflictos entre el common law y el derecho mercantil internacional.

El resultado final es que los tribunales de derecho consuetudinario se apoderaron de la adjudicación del derecho mercantil a través de una exitosa competencia con otros sistemas judiciales. Una vez que ganaron una parte sustancial de este mercado, comenzaron a actuar más como monopolistas coercitivos, dictando o administrando el derecho en lugar de reconocer el cu-

-erpo más importante del derecho consuetudinario. Cuando la situación se desajustó lo suficiente con el Law Merchant, los tribunales de derecho consuetudinario volvieron a sentir la presión de la competencia con el arbitraje comercial y con los tribunales de otras naciones en el comercio internacional. Los tribunales respondieron a la presión, pero no recibieron al Law Merchant con los brazos abiertos. El largo periodo de subyugación había alterado tanto las prácticas comerciales en Inglaterra que los comerciantes se habían acostumbrado a funcionar bajo las rigideces del derecho común. Trakman llegó a la conclusión de que "los tribunales ingleses han hecho honor a los preceptos del Law Merchant de boquilla, mientras que en realidad han socavado los fundamentos flexibles de los principios del Law Merchant".¹⁰³ Pero este no ha sido el caso en Estados Unidos.

Los jueces estadounidenses han sido algo más receptivos al Law Merchant que sus homólogos ingleses. Esto probablemente refleja la competencia debida a la amplia aceptación del arbitraje comercial en el país antes de 1800 y su revitalización desde 1900. Además, muchos litigantes pueden elegir entre diferentes jurisdicciones, y la competencia para conocer de los litigios puede ser mucho más importante que en Inglaterra. Así, "los tribunales estadounidenses han revitalizado el Derecho Mercantil medieval en varios aspectos". De hecho, el Código Comercial Uniforme indica que las prácticas y costumbres comerciales han servido como fuente principal del derecho mercantil sustantivo, ya que "el derecho positivo del reino se vio obligado a ajustarse al mandato de los comerciantes, y no al revés".¹⁰⁴

Trakman sugirió que la uniformidad del derecho mercantil podría verse socavada debido a los sistemas judiciales estatales separados y a las jurisdicciones judiciales federales específicas de cada región, si la costumbre local sustituye a las prácticas comerciales nacionales o internacionales más uniformes.¹⁰⁵ La posibilidad de que se produzca el mismo tipo de ruptura de la universalidad del Law Merchant que se produjo con el aumento del poder de la ley real en Inglaterra puede estar presente en los Estados Unidos. De hecho, las diferencias sustanciales en las prácticas comerciales de las comunidades locales estadounidenses son escasas, por lo que la uniformidad de la ley ha prevalecido generalmente en el sistema jurídico estadounidense.¹⁰⁶ Dada la naturaleza abierta de la economía estadounidense, el potencial de competencia entre sistemas judiciales separados geográficamente sigue siendo significativo. Si los jueces sólo estuvieran interesados en disputas locales monopolizadas, entonces los precedentes estatales podrían diferir significativamente; pero es probable que la competencia interestatal para las disputas comerciales reduzca la tendencia a favorecer a los comerciantes y costumbres locales. Además, el arbitraje comercial ha resurgido como una opción viable para las disputas comerciales y su influencia competitiva ha sido sustancial.

Creación del derecho consuetudinario. Los tribunales de EE.UU. aplican la práctica y la costumbre comercial como ley. Por lo tanto, si los empresarios desarrollan una nueva práctica, es probable que adquiera la fuerza de una ley respaldada por el gobierno. Y lo que es más importante, el sector privado sigue desarrollando una base creciente de derecho consuetudinario. Por ejemplo, los derechos y deberes exigibles se derivan de un contrato al igual que de las disposiciones de una ley.¹⁰⁷ Así, los contratos negociados y celebrados voluntariamente por los particulares constituyen una forma de derecho creado por el sector privado. Si el contrato es un estándar que refleja una tradición de larga data, entonces refleja el derecho comercial consuetudinario. Si el contrato desarrolla una nueva práctica comercial ante una nueva situación, entonces es probable que se añada al derecho consuetudinario, al igual que un nuevo precedente judicial se añade al derecho común. Dado que el comercio funciona en un entorno dinámico, siempre se están desarrollando nuevos acuerdos contractuales.

El proceso de contratación implica un elemento de mediación, por lo que se deduce que la mediación privada suele crear derecho. Como explicó Fuller, "la mediación está comúnmente dirigida, no a lograr la conformidad con las normas, sino a la creación de las propias normas relevantes".¹⁰⁸ Los árbitros (al igual que los jueces gubernamentales) también pueden crear precedentes que pasan a formar parte del derecho consuetudinario (en contraposición al derecho común). Esto contradice la afirmación de Landes y Posner de que el arbitraje comercial no sienta precedentes, sino que simplemente aplica las leyes establecidas por el sector público.¹⁰⁹ Que están equivocados puede demostrarse superficialmente. Cuando los individuos llegan a un acuerdo en un contrato que puede no sostenerse en los tribunales gubernamentales, frecuentemente escriben una cláusula de arbitraje en el contrato.¹¹⁰ Los árbitros comerciales privados considerarán válido el acuerdo contractual.

Más fundamentalmente, cuando un litigio surge porque un contrato no preveía un cambio en el entorno comercial, el árbitro debe determinar cuál debe ser la práctica comercial en las nuevas condiciones, basándose en la costumbre y la práctica en circunstancias afines. Cuando esto ocurre, "incluso en ausencia de cualquier doctrina formalizada de *state decisis* o *res judicata*, una determinación adjudicativa normalmente entrará en algún grado en las relaciones futuras de los litigantes y en las relaciones futuras de otras partes que se ven como posibles litigantes ante el mismo [tipo de] tribunal. Incluso si el tribunal no declara las razones de su decisión, se percibirá o adivinará alguna razón, y las partes tenderán a regir su conducta en consecuencia".¹¹¹ En otras palabras, se ha creado una nueva ley que comienza a "regir" el comportamiento de las partes que entren en circunstancias similares en el futuro. Es probable que dicha ley sea reconocida rápidamente cuando el arbitraje es interno a una asociación comercial; puede tardar más en extenderse por toda la población si el grupo relevante es más diverso. Pero si la ley es un remedio eficaz para un conflicto potencial frecuente, entonces pasará a formar parte del derecho consuetudinario, el "lenguaje de la interacción". Las consecuencias del arbitraje privado en la elaboración de leyes llevaron a Wooldridge a sugerir que su crecimiento sustancial en este siglo ha implicado un "desplazamiento silencioso no sólo del poder judicial sino incluso del legislativo".¹¹² En realidad, simplemente refleja la evolución del derecho mercantil a medida que las prácticas empresariales se desarrollan y cambian.

A menudo es difícil ver el importante papel que desempeña el derecho consuetudinario en la determinación del orden social, ya que gran parte de la costumbre ha sido codificada o cooptada por los tribunales de derecho común y reivindicada como derecho estatal. Sin embargo, hay un caso en el que el orden social a través del derecho consuetudinario sigue estando relativamente libre de interferencias gubernamentales. El comercio internacional sigue rigiéndose en gran medida por el derecho mercantil consuetudinario, tal y como ha evolucionado desde el *Law Merchant* medieval. El derecho mercantil internacional. El derecho comercial internacional es un derecho universal. Se ha alejado de las restricciones del derecho nacional, superando así la diferencia de los sistemas jurídicos políticos y autoritarios del mundo. "Además, la demanda de principios uniformes de derecho mercantil internacional, aceptables para la comunidad internacional de comerciantes en general, es cada vez mayor en un mundo dominado por un incierto equilibrio de poder político-económico".¹¹³ Los propios comerciantes son la única fuente potencial de esa uniformidad, por supuesto, y sus acuerdos tienen que producir esa uniformidad ya que los acuerdos entre gobiernos son improbables.

El arbitraje y la mediación son los medios para resolver los conflictos en el comercio internacional. Las decisiones y acuerdos que surgen no están respaldados por los gobiernos, sino por los acuerdos recíprocos de la comunidad comercial internacional. Muchas asociaciones comerciales internacionales tienen sus propios procedimientos de resolución de conflictos. Otros comerciantes confían en la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que ha creado una importan-

-te institución de arbitraje. Expertos en comercio internacional, los árbitros de la CCI suelen ser elegidos de un origen nacional distinto al de las partes en litigio. Los procedimientos de la CCI son rápidos y flexibles y reflejan el interés comercial.

No cabe duda de que el Derecho Mercantil ha cambiado sustancialmente desde sus inicios medievales, pero sigue rigiendo firmemente el comercio internacional. También ha demostrado ser una fuente de orden muy eficaz:

La experiencia continuada en el comercio mundial proporciona un entorno probado en el que los mercaderes pueden interactuar libremente, eligiendo a sus socios comerciales y las condiciones de los contratos con un conocimiento cada vez mayor tanto del mercado como de los demás. Juntos, el mercado, el acuerdo y el tiempo permiten que los instrumentos comerciales evolucionen hasta convertirse en códigos y documentos uniformes, completos en sus términos y con visión de futuro en su aplicación a un mundo comercial en constante cambio...

Los estudios sobre el uso de la industria revelan la sofisticación de los comerciantes internacionales para adaptar su acuerdo comercial a las exigencias del cambio interdisciplinar.¹¹⁴

El derecho mercantil internacional, libre de las influencias dominantes de los gobiernos y de la política localizada, se ha desarrollado y crecido con mucha más facilidad y eficacia que el derecho mercantil intranacional de la mayoría de los estados-nación.

El impacto general del derecho consuetudinario. Incluso algunos juristas de la escuela positivista se han visto obligados a reconocer el papel del derecho consuetudinario en el comercio internacional. Sin embargo, como señaló Fuller

la tendencia predominante a considerar el orden social como impuesto desde arriba ha conducido a un descuido general del fenómeno del derecho consuetudinario en los estudios jurídicos modernos. Fuera del ámbito del derecho internacional y de los tratos comerciales, los teóricos del derecho se han sentido incómodos con el uso de la palabra derecho para describir la fuerza obligatoria de las expectativas que surgen tácitamente de la interacción humana. La salida más común a este dilema es rebajar la importancia del derecho consuetudinario y afirmar que ha perdido en gran medida la importancia que tenía en los asuntos humanos. Otra salida más radical fue... afirmar que lo que se denomina derecho consuetudinario se convierte en verdadero derecho sólo después de que un tribunal lo haya adoptado como norma de decisión y haya recibido así el imprimátur del Estado. Este recurso lingüístico, cabe señalar, negaría la designación de derecho a una costumbre tan firmemente arraigada y tan claramente justa y útil que nadie perdería el tiempo llevándola a los tribunales para que se comprobara su derecho a ser llamada ley.¹¹⁵

El derecho consuetudinario sigue rigiendo una enorme cantidad de interacciones sociales, desde las relaciones familiares hasta los intercambios comerciales y las relaciones internacionales entre gobiernos. Es difícil visualizar esto por varias razones. En primer lugar, muchas leyes consuetudinarias no son adoptadas ni "promulgadas" por una autoridad estatal y no están necesariamente escritas. En segundo lugar, el derecho consuetudinario "debe su fuerza al hecho de que ha encontrado una expresión directa en la conducta de los hombres entre sí".¹¹⁶ En tercer lugar, el derecho consuetudinario requiere una aceptación voluntaria en reconocimiento de los beneficios recíprocos, por lo que es mucho menos probable que sea violado que el derecho autoritario promulgado. Por lo tanto, es menos probable que el derecho consuetudinario requiera una adjudicación, y es menos probable que su función e impacto se noten como consecuencia. No obstante, el derecho consuetudinario florece y promueve el orden en muchas facetas de la sociedad moderna.

NOTAS

1. Truett A. Ricks, Bill G. Tillett y Clifford W. Van Meter, *Principles of Security* (Cincinnati: Criminal Justice Studies, Anderson Publishing Co., 1981), p. 11.
2. Lawrence W. Sherman, "Patrol Strategies for Police", en *Crime and Public Policy*, ed. James Q. Wilson (San Francisco: The New York Times), James Q. Wilson (San Francisco: Institute for Contemporary Studies, 1983), pp. 145-149.
3. Charles T. Clotfelter, "Public Services, Private Substitutes, and the Demand for Protection Against Crime", *American Economic Review* 67 (diciembre de 1977): 868.
4. Sherman, "Patrol Strategies for Police", p. 145.
5. Research and Forecasts, Inc., *America Afraid: How Fear of Crime Changes the Way We Live, Based on the Widely Publicized Figgie Report* (Nueva York: New America Library, 1983), p. 68.
6. *Ibidem*, pp. 70, 71, 72, 76.
7. *Ibidem*, p. 73.
8. *Ibidem*, p. 91. Énfasis añadido. Véanse también las pp. 79, 81.
9. Departamento de Justicia de California, *Homicide in California, 1981* (Sacramento: Bureau of Criminal Statistics and Special Services, 1981); "Shootings by Civilians Rise Sharply in Houston", *New York Times*, 21 de noviembre de 1982.
10. Research and Forecasts, Inc., *America Afraid*, p. 109.
11. *Ibidem*, p. 110.
12. *Ibidem*, págs. 118 y 110.
13. Christopher Dobson y Ronald Payne, "Private Enterprise Takes on Terrorism", *Reason* 14 (enero de 1983): 36.
14. *Ibidem*, pp. 34-41.
15. Sherman, "Patrol Strategies for Police", p. 145.
16. Aaron Podolefsky y Fredric Dubow, *Strategies for Community Crime Prevention: Collective Responses to Crime in Urban America* (Springfield, Ill.: Charles C. Thomas, Publisher, 1981), p. 44.
17. *Ibidem*, p. 45.
18. *Ibidem*, p. 48.
19. *Ibidem*, pp. 53-54.
20. *Ibidem*, p. 64.
21. Roger D. McGrath, *Gunfighters, Highwaymen and Vigilantes: Violence on the Frontier* (Berkeley: University of California Press, 1984), p. 266.
22. Véase Podolefsky y Dubow, *Strategies for Community Crime Prevention*, p. 71.
23. Wesley Skogan y Michael Maxfield, *Coping with Crime: Victimization, Fear and Reaction to Crime in Three American Cities* (Evanston, Ill.: Center for Urban Studies, Northwestern University, 1979).
24. Podolefsky y Dubow, *Strategies for Community Crime Prevention*, p. 73.
25. *Ibidem*, p. 76.
26. Robert K. Yin, Mary E. Vogel, Jan N. Chaiken y Deborah R. Both, *Citizen Patrol Projects* (Washington, D.C.: National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, Law Enforcement Assistance Administration, U.S. Department of Justice, 1977), p. 13; Neal R. Pierce, "Justice Demonstration Successful for Country", *Washington Post*, 23 de abril de 1984.
27. Robert W. Poole, Jr., *Cutting Back City Hall* (Nueva York: The Free Press, 1978), p. 38.
28. Podolefsky y Dubow, *Strategies for Community Crime Prevention*, p. 84.
29. *Ibidem*, p. 84.
30. Poole, *Cutting Back City Hall*, p. 38.
31. Gary T. Marx y Dane Archer, "Citizen Involvement in the Law Enforcement Process: The Case of Community Police Patrols", *American Behavioral Scientist* 15 (1971): 52-72.
32. Podolefsky y Dubow, *Strategies for Community Crime Prevention*, p. 81.
33. William C. Woodridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man* (New Rochelle, N.Y.: Arlington House, 1970), p. 115.
34. Oscar Newman, *Community of Interest* (Garden City, N.Y.: Anchor Press, 1980), p. 124. Énfasis añadido.
35. Theodore J. Gage, "Getting Street-Wise in St. Louis", *Reason*, agosto de 1981, p. 18.
36. *Ibidem*, p. 19. Para un examen más detallado de la historia de las calles privadas en San Luis, véase David T. Beito, "The Private Places of St. The Formation of Urban Infrastructure through Non-Governmental Planning, 1869-1920", documento de trabajo del Institute for Humane Studies, 20 de mayo de 1988.
37. Newman, *Community of Interest*, p. 131.
38. *Ibidem*, pp. 137, 140.
39. *Ibidem*, p. 133.
40. *Ibidem*, p. 142.
41. "Rich Towns Walling Themselves for Security, Privacy", *Daily Commerce*, 4 de julio de 1983.
42. James S. Kakalik y Sorrel Wildhorn, *Private Police in the United States: Findings and Recommendations* (Santa Monica, Calif.: The Rand Corporation, 1971), p. 1.
43. "Police Outnumbered by Security Guards", *Billings Gazette*, 10 de diciembre de 1984.
44. Edward Iwata, "Rent-a-Cops on Trial", *This World*, 18 de marzo de 1984, p. 10.
45. "Police Outnumbered by Security Guards" (La policía superada por los guardias de seguridad).
46. Ricks, et al., *Principles of Security*, p. 13.
47. Citado en "Police Outnumbered by Security Guards".
48. Poole, *Cutting Back City Hall*, p. 39.
49. Para un breve análisis, véase Tai Schneider Denenberg y R. V. Denenberg, *Dispute Resolution: Settling Conflicts Without Legal Action*, Public Affairs Pamphlet No. 597 (Nueva York: Public Affairs Committee, Inc., 1981), p. 2. Para un análisis más detallado, véase Lon L. Fuller, *The Principles of Social Order* (Durham, N.C.: Duke University Press, 1981).
50. Denenberg y Denenberg, *Dispute Resolution*, p. 3.
51. Edmund Burke, "An Appeal from the New to the Old Whigs (1791)" en *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, vol. 4 (Boston: Little, Brown, 1901), pp. 189-190.
52. Fuller, *The Principles of Social Order*, pp. 179-180.

53. *Ibidem*, p. 142.
54. *Ibidem*, p. 136.
55. Denenberg y Denenberg, *Dispute Resolution*, p. 19.
56. *Ibidem*, p. 20. Énfasis añadido.
57. *Ibidem*, p. 21.
58. *Ibidem*.
59. *Ibidem*, p. 15.
60. *Ibidem*, p. 18.
61. Jerold S. Auerbach, *¿Justicia sin ley?* (Nueva York: Oxford University Press, 1983), p. 131.
62. Roger F. Cook, et al., *Neighborhood Justice Centers Field Test-Final Evaluation Report* (Washington, D.C.: Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 1980), pp. 4-6.
63. D. I. Sheppard, J. A. Roche y R. F. Cook, *National Evaluation of the Neighborhood Justice Centers Field Test: Interim Report* (Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, 1979), p. 56.
64. Wooldridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man*, p. 99.
65. *Ibidem*, p. 99.
66. *Ibid.*
67. Auerbach, *Justice Without Law*, p. 101.
68. Wooldridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man*, p. 101.
69. *Ibidem*, p. 101.
70. Poole, *Cutting Back City Hall*, p. 54.
71. *Ibidem*, p. 54.
72. Soia Mentschikoff, "Commercial Arbitration", *Columbia Law Review* 61 (1961): 857.
73. Denenberg y Denenberg, *Dispute Resolution*, p. 5.
74. *Ibid.*
75. Steven Lazarus, et al., *Resolving Business Disputes: The Potential of Commercial Arbitration* (Nueva York: American Management Association, 1965), p. 28.
76. Denenberg y Denenberg, *Dispute Resolution: Settling Conflicts Without Legal Action*, p. 6.
77. *Ibidem*, p. 8.
78. *Ibidem*, p. 10.
79. Poole, *Cutting Back City Hall*, p. 55.
80. *Ibidem*, p. 55.
81. Auerbach, *¿Justicia sin ley?* pp. 103-104.
82. William M. Landes y Richard A. Posner, "Adjudication as a Private Good", *Journal of Legal Studies* 8 (marzo de 1979), p. 247.
83. Wooldridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man*, pp. 100-101.
84. Auerbach, *Justice Without Law?* p. 109.
85. Nathan Isaacs, "Review of Wesley Stuggess, *Treatise on Commercial Arbitration and Awards*", *Yale Law Journal* 40 (1930): 149-151.
86. Auerbach, *Justice Without Law?* p. 113.
87. Robert W. Poole, Jr., "Can Justice Be Privatized?" *Fiscal Watchdog* 49 (noviembre de 1980): 2; James S. Granelli, "Got a Spat? Go Rent a Judge", *National Law Journal*, 8 de junio de 1981, p. 1; Gary Pruitt, "California's Rent-a-Judge Justice", *Journal of Contemporary Studies* 5 (primavera de 1982): 49-57.
88. Poole, "Can Justice Be Privatized?" p. 2.
89. Granelli, "Got a Spat?" pp. 1-2.
90. Pruitt, "California's Rent-a-Judge Justice", p. 50.
91. *Ibidem*, p. 51.
92. Richard Koenig, "More Firms Turn to Private Courts to Avoid Expensive Legal Fights", *Wall Street Journal*, 4 de enero de 1984; Josh Meyer, "Judicate, Others Provide Novel Alternative", *The Legal Intelligencer*, 17 de marzo de 1987; Kerry Hannon, "Turnstile Justice", *Forbes*, 15 de diciembre de 1986, pp. 174-175.
93. Ray Holton, "With the New Private Court System, You Can Shop Around for a Judge," *Philadelphia Inquirer*, 11 de noviembre de 1983.
94. Koenig, "More Firms Turn to Private Courts"; Meyer, "Judicate, Others Provide Novel Alternatives"; Hannon, "Turnstile Justice".
95. Denenberg y Denenberg, *Dispute Resolution*, p. 26.
96. Leon E. Trakman, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law* (Littleton, Colo.: Fred B. Rothman and Co., 1983), p. 24.
97. *Ibid.*
98. *Ibidem*, p. 25.
99. W. Mitchell, *Essays on the Early History of the Law Merchant* (Nueva York: Burt Franklin, 1904), pp. 77-78.
100. Trakman, *The Law Merchant*, p. 27.
101. *Ibidem*, pp. 29-30.
102. *Ibidem*, p. 30.
103. *Ibid.*
104. *Ibidem*, p. 34.
105. *Ibidem*, pp. 34-35.
106. *Ibidem*, p. 35.
107. Fuller, *The Principles of Social Order*, p. 175.
108. *Ibidem*, p. 128.
109. Landes y Posner, "Adjudication as a Private Good", pp. 257-258.
110. Wooldridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man*, p. 104.
111. Fuller, *The Principles of Social Order*, p. 90.
112. Wooldridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man*, p. 104.
113. Trakman, *The Law Merchant*, p. 43.
114. *Ibidem*, pp. 2-3.
115. Fuller, *The Principles of Social Order*, p. 177.
116. *Ibidem*, p. 212.

CAPÍTULO 9

LOS BENEFICIOS DE LA PRIVATIZACIÓN

El aumento de los esfuerzos en el sector privado por prevenir delitos y resolver disputas refleja algo más que una respuesta negativa a ciertos aspectos de la actuación del sector público. Los beneficios de la producción privada son importantes, y son aplicables al control del crimen y a la resolución de disputas, de la misma manera que lo son a otras áreas de la producción de bienes y servicios. Consideraremos aquí diversos supuestos de la privatización en el campo de la ley, entre ellos la capacidad de evitar la congestión y la mala asignación de los recursos, que surge como consecuencia del problema de los bienes comunales en la provisión pública; los beneficios de la especialización característica de la represión del crimen por el sector privado; los costes de producción relativos tanto a la producción privada como pública; y el impacto que la privatización tiene sobre la eficacia del sector público.

Ganancias en eficacia y el racionamiento en la aplicación del derecho

El juez Learned Hand sostuvo que el "principal mandamiento judicial" debería ser "No racionarás la justicia".¹ Pero la justicia está racionada, debe serlo porque implica suministros limitados de recursos escasos. Debido a la congestión de los tribunales, la justicia se raciona esperando. Los que están dispuestos a esperar pueden conseguir un juicio. El tribunal también pone fin a un gran número de casos sin juicio (el 91% de todos los casos civiles federales en 1978) porque se consideran casos "débiles". Esto suele significar que son casos difíciles que requerirían mucho tiempo porque los méritos de los argumentos no son obvios ni convincentes. En su lugar, los tribunales optan por juzgar los casos más fáciles. En opinión de Person: "Estas pautas se producen especialmente cuando un juez está bajo presión... para producir un gran número de terminaciones de casos sin costosos juicios que requieran mucho tiempo. Los tribunales y jueces gubernamentales no tienen más remedio que violar el mandato del juez Hand contra el racionamiento de la justicia."²

Los fiscales e incluso la policía han adoptado técnicas de racionamiento similares. Con el fin de acumular registros de condenas, los fiscales persiguen los casos más fáciles y racionan mediante la negociación de los cargos. La policía acumula registros de arrestos persiguiendo casos relativamente fáciles e ignorando muchos otros que son difíciles de resolver.

En cambio, un sistema de mercado asigna los recursos escasos en función de la disposición a pagar. Este método de asignación hace que los bienes y servicios escasos se destinen a los usos más valorados, porque quienes están dispuestos a pagar el precio de compensación del mercado valoran claramente el derecho a consumir la compra más que quienes no están dispuestos a pagar. De este modo, los recursos se orientan hacia sus usos más eficientes. Si un recurso es escaso, los posibles usos competitivos del recurso competirán por su atención. En un sistema de precios, esta competencia por el uso de los recursos significa que el ganador debe pagar un precio al menos igual, si no mayor, que el precio que otro está dispuesto a pagar. El individuo que obtenga el mayor beneficio del uso del recurso estará dispuesto a pagar más por él. Los que obtengan menos beneficios serán superados por la oferta y no podrán utilizar el recurso.

El proceso de justicia penal tiene una estructura similar a la del mercado, y los que tienen mayor capacidad y voluntad de pagar suelen ser los que más aprovechan el sistema. Superficialmente, esto parece implicar la posibilidad de eficiencia, y algunos han sugerido que al menos algunos aspectos del sistema de justicia penal pueden ser eficientes porque los ricos pueden

influir en las decisiones.³ Pero la mayoría de los recursos de la policía, los tribunales y otros cuerpos de seguridad no se asignan en función de la disposición a pagar; se aplica el principio de "el primero que llega" o algún otro criterio discriminatorio. Estos sistemas de racionamiento no garantizan que los recursos se destinen a su uso más valioso. Una de las ventajas de la privatización, por tanto, es que la asignación por precio sustituye a las técnicas de racionamiento menos eficientes.⁴ Las personas acuden al sector privado cuando no pueden beneficiarse de los servicios del sistema público de justicia penal porque el sector público ha asignado erróneamente los recursos a usos de menor valor. Por ejemplo, la Asociación Bancaria Americana y la Asociación Hotelera-Moteler Americana contratan a la Agencia Internacional de Detectives William J. Burns para investigar los delitos cometidos contra sus miembros. Un director de seguridad de un banco señaló el motivo: "[E]s necesario emplear a investigadores privados porque la policía pública y las fuerzas de investigación estaban demasiado ocupadas para dedicar la cantidad de esfuerzo que requieren [los bancos]".⁵ Los investigadores privados suelen realizar tareas que la policía pública no lleva a cabo, como la comprobación de antecedentes previos a la contratación o el trabajo encubierto para detectar la falta de honradez de los empleados o los hurtos de los clientes.

Los guardias y patrulleros privados también realizan tareas que la policía pública no puede o no quiere hacer, como hacer controles rutinarios en edificios para residentes o empresas y "vigilar para prevenir" la delincuencia. Los tribunales privados también aceptan los casos que el sector público no está dispuesto a tratar. La incapacidad del gobierno para proporcionar los tipos de medidas de seguridad y servicios de adjudicación que los individuos requieren ha producido históricamente una demanda de alternativas privadas. Las alternativas del sector privado deben proporcionar beneficios, por supuesto, o no se comprarían. Uno de estos beneficios es que los recursos empleados por el sector privado tienden a especializarse.

Ganancias derivadas de la especialización

Una de las razones por las que cabe esperar que el sector privado haga bien lo que el sistema de justicia penal gubernamental hace mal es que los consumidores suelen tener preocupaciones muy concretas. Así, cuando pagan a una empresa privada para que alivie esas preocupaciones, pueden contratar a alguien con experiencia. Tanto la evidencia como la teoría económica nos dicen que cuando los recursos se especializan en su área de ventaja comparativa, la eficiencia económica aumenta. Se produce más con los mismos recursos, o se necesitan menos recursos para producir el mismo nivel de producción.

La especialización en los tribunales privados. El juez William O. Douglas observó en una ocasión que "el árbitro laboral suele ser elegido por la confianza de las partes en su conocimiento del derecho común del taller".⁶ Dado que los litigantes pueden elegir al juez que conoce de su caso en los tribunales privados, eligen a un juez con experiencia en el asunto en cuestión. "Quizás la ventaja más importante" de los tribunales privados, informó Poole, "es la experiencia especializada. Dado que un árbitro ni siquiera tiene que ser un juez... los casos que implican asuntos técnicos complejos pueden ser tratados por alguien experto en la materia".⁷ El sector privado ha respondido a la demanda de jueces especializados. La lista de árbitros de la Asociación Americana de Arbitraje incluye abogados, profesores, ingenieros y muchos otros tipos de profesionales, así como muchos ejecutivos de empresas y asociaciones comerciales.

¿Cómo genera beneficios esta especialización? Los litigios pueden resolverse más rápidamente, con lo que se inmovilizan los recursos durante menos tiempo. Los jueces privados tienen experiencia y no necesitan "educación" en cuestiones técnicas de un caso concreto, lo que ahorra un tiempo considerable.⁸

Especialización en prevención y protección de la delincuencia privada. El personal de seguridad va desde los guardias con salario mínimo que trabajan de forma temporal, pasando por los guardias a tiempo completo con relativamente pocos conocimientos, hasta los profesionales altamente capacitados. Los equipos de seguridad van desde las cerraduras más sencillas hasta los equipos de alarma y vigilancia más complejos. Naturalmente, se utilizarán relativamente pocos recursos privados para vigilar los delitos sin víctimas (aunque los grupos vecinales pueden optar por excluir a las prostitutas o los adictos); se concentrarán en la prevención y la protección contra los delitos violentos y los delitos contra la propiedad. Esta concentración de esfuerzos puede ser muy eficaz. Consideremos, por ejemplo, el éxito de la policía ferroviaria.

Al final de la Primera Guerra Mundial, la policía ferroviaria se estableció como fuerzas policiales completas y autónomas. Han conseguido lo que debe considerarse un récord de eficacia "notable", especialmente en relación con las fuerzas de policía pública. Entre el final de la Primera Guerra Mundial y 1929, por ejemplo, los pagos por reclamaciones de flete por robos se redujeron en un 92,7%, de 12.726.947 dólares a 704.262 dólares.⁹ Además, las detenciones de la policía ferroviaria produjeron un porcentaje sustancialmente mayor de condenas que el logrado por la policía pública: una muestra de cinco años del Ferrocarril de Pensilvania, por ejemplo, dio lugar a la condena del 83,4 por ciento de los detenidos; una muestra de trece años de otra línea mostró una tasa de condena del 97,47 por ciento.¹⁰ La tasa global de condenas de las detenciones de la policía ferroviaria se ha mantenido cerca del 98 por ciento a lo largo de los años, con una media de 60.000 detenciones al año.¹¹ Wooldridge observó que la razón principal de este éxito es que la policía ferroviaria se especializó en un área de aplicación de la ley, desarrollando "una experiencia que no está al alcance de las fuerzas públicas".¹² Esta especialización y la consiguiente ganancia de competencia y eficacia suelen caracterizar a las empresas policiales del sector privado.

La especialización en la prevención de la delincuencia tiene dos grandes ventajas. En primer lugar, la especialización hace menos probable que un delincuente tenga éxito en su intento de robo o violencia. Es decir, el aumento de los niveles de protección privada incrementa el coste potencial para el delincuente al aumentar la probabilidad de captura (o, en el caso de las armas de protección, la probabilidad de lesiones personales o muerte). En segundo lugar, al aumentar el coste potencial de cometer un delito, es menos probable que los delincuentes potenciales se conviertan en delincuentes reales. En otras palabras, existe un efecto disuasorio.

Lamentablemente, la mayoría de los estudios sobre la disuasión de la delincuencia han examinado los efectos de los esfuerzos del sector público. Sin embargo, hay algunas pruebas de que la producción de protección por parte del sector privado sí disuade de la delincuencia. Utilizando un procedimiento estadístico de máxima probabilidad Tobit, Timothy Hannan descubrió que la presencia de guardias en los bancos "reduce significativamente el riesgo de robo". Aceptando las estimaciones puntuales, la magnitud de esta reducción es de aproximadamente un intento de robo al año para aquellas oficinas que de otro modo habrían sufrido un número positivo de intentos de robo.¹³ Este resultado respalda las conclusiones de G. M. Camp, cuyas entrevistas a ladrones de bancos encarcelados revelaron que el 77 por ciento de ellos averiguaron si el banco tenía un vigilante antes de cometer el robo.¹⁴ Sólo el 6 por ciento de los entrevistados se molestó en conocer la rutina policial de la zona antes del atraco. Una implicación es que estos delincuentes estaban más preocupados por la medida de protección privada que por la aplicación de la ley pública (aunque otra es que la información sobre la rutina de la policía es más costosa de obtener y menos valiosa porque la policía cambia sus rutinas).

Charles Clotfelter estudió el impacto de los servicios de seguridad privada y pública en los sectores manufacturero, mayorista, financiero, de seguros e inmobiliario. Sus resultados empíricos "parecen indicar que las empresas de protección privadas son más eficaces que la policía pública para proteger a las empresas de estos sectores".¹⁵ También descubrió que la protección privada es más eficaz y tiene más capacidad de respuesta en las zonas que experimentan un rápido crecimiento de la población. Por lo tanto, existe cierto apoyo a la expectativa de que estos servicios privados especializados deberían generar beneficios en términos de reducción de la actividad delictiva, al menos para aquellos que emplean a la policía privada. De hecho, "pocos argumentarían que, ceteris paribus, si los servicios de seguridad privada se redujeran drásticamente o se eliminaran, la delincuencia denunciada, el miedo a la delincuencia y los precios de las mercancías al por menor aumentarían".¹⁶ Pero más allá de eso, las escasas pruebas que existen implican que el sector privado es más eficaz que el sector público para satisfacer necesidades como las de algunos grandes grupos industriales y en zonas de rápido crecimiento demográfico.

Ejemplos de especialización individual

La posesión de armas de fuego es una forma especializada de protección que genera el beneficio de disuadir la delincuencia e impedir que se lleven a cabo los delitos. Muchos ciudadanos particulares tienen armas en sus casas para hacer frente a posibles situaciones en las que es probable que fracasen las acciones relativamente tardías de la policía pública o privada.¹⁷ Hay algunas pruebas de que la respuesta inmediata de los propietarios de armas puede ser eficaz. Aunque la información sobre el éxito relativo del uso privado de armas de fuego para interrumpir la delincuencia y detener a los delincuentes es escasa, parece que estos esfuerzos privados tienen al menos tanto éxito como los esfuerzos policiales. Kates comparó los porcentajes de éxito de la policía y de los ciudadanos privados examinando cada noticia de 42 de los periódicos más importantes del país entre enero y junio de 1975 y mayo y julio de 1976 que informaban del uso de armas de fuego para la protección o la prevención de la delincuencia. Estimó que la policía evitó con éxito un delito o detuvo a un delincuente el 68% de las veces que utilizó armas de fuego, mientras que el uso de armas de fuego por parte de los ciudadanos privados dio lugar a una tasa de éxito del 83%.¹⁸ Es cierto que las armas de fuego son un medio de protección relativamente arriesgado, pero Carol Silver y Don Kates descubrieron que los beneficios del uso de armas de fuego para la protección pueden ser muy altos en relación con el riesgo del uso de armas de fuego por parte de los delincuentes. Llegaron a la conclusión de que "parece que el número de casos en los que las armas de mano se utilizaron para la defensa supera al número en el que se utilizaron mal para matar (entre 1960 y 1975) por un factor de 15 a 1".¹⁹ Si el uso de armas de fuego para la defensa supera el uso de armas de fuego para matar en una cantidad cercana a esa, entonces el riesgo de muerte asociado con el uso de armas de fuego para la defensa es bastante pequeño.

El efecto disuasorio de la posesión privada de armas de fuego no puede medirse con precisión, por supuesto, pero hay algunas pruebas contundentes de que la posesión de armas disuade de la delincuencia. Philip Cook utilizó datos transversales para examinar la relación entre las tasas de robos a mano armada y la fuerza de las leyes de control de armas.²⁰ Descubrió que las áreas con fuertes controles de armas tienen niveles más altos de robos a mano armada que las áreas con controles más débiles. Esto podría significar que cuando la capacidad de los individuos para defenderse con armas es limitada, se vuelven más vulnerables al crimen y es más probable que se conviertan en víctimas. Es decir, que la posesión de armas es un elemento

disuasorio. Esta interpretación es peligrosa, ya que la correlación no implica necesariamente la causalidad. En este caso, la correlación puede surgir porque los controles de armas más estrictos se han establecido en zonas de alta criminalidad en un esfuerzo infructuoso por reducir la delincuencia, basándose en la creencia errónea pero ampliamente extendida de que las armas causan la delincuencia.²¹

Hay más pruebas persuasivas. Por ejemplo, las encuestas realizadas a los presos "revelan de manera uniforme que, siempre que es posible, evitan a las víctimas que se cree que están armadas, y que saben de delitos planeados que fueron abandonados cuando se descubrió que la posible víctima estaba armada".²² Basándose en datos de Atlanta (Georgia), Cook llegó a la conclusión de que un ladrón duplica sus posibilidades de morir cometiendo sólo siete robos, debido al riesgo de ser atacado por una víctima.²³

Algunas de las mejores pruebas del efecto disuasorio de la posesión de armas para la protección provienen de los programas publicitados para proporcionar formación sobre armas de fuego a las víctimas potenciales. Entre octubre de 1966 y marzo de 1967, el departamento de policía de Orlando patrocinó un programa diseñado para formar a las mujeres en el uso seguro de las armas de fuego debido al aumento de las violaciones en la ciudad durante 1966. El programa fue ampliamente publicitado en los periódicos de Orlando. Kleck y Bordua descubrieron que el índice de violaciones en Orlando descendió de un nivel de 1966 de 35,91 por cada 100.000 habitantes a sólo 4,18 en 1967.²⁴ Esto no formaba parte de ninguna tendencia general a la baja, ya que la tasa nacional estaba aumentando, y las tasas en las áreas metropolitanas circundantes y en Florida eran constantes o aumentaban. Además, este descenso no reflejaba una tendencia descendente continua para Orlando, ya que la tendencia había sido errática pero ascendente durante varios años. Parece obvio que el conocimiento de que las potenciales víctimas de violación podrían llevar un arma y saber cómo usarla fue un elemento disuasorio importante.

El ejemplo de Orlando no es único. Los programas publicitados de formación en el uso de armas de fuego han permitido reducir los robos a mano armada en Highland Park (Michigan), los robos en farmacias en Nueva Orleans y los robos en tiendas de comestibles en Detroit. Cuando los delincuentes potenciales se dan cuenta de que las posibles víctimas pueden estar preparadas para protegerse con un arma, el aumento del riesgo percibido de cometer un delito puede hacer que lo abandonen. Por supuesto, también puede llevar a la elección de otra víctima, quizás en una zona donde las armas para protegerse sean menos probables. En consecuencia, el control de las armas en un lugar específico podría llevar fácilmente a unos índices de delincuencia más altos en esa zona, como implican los resultados de Cook.

Esto plantea un punto importante. Los individuos ricos suelen tener muchas opciones para protegerse.²⁵ Suelen vivir en comunidades de altos ingresos donde la base fiscal permite un departamento de policía pública bien financiado. El número de policías por delito cometido es probablemente muy alto en estas comunidades, en relación con la mayoría de los barrios interurbanos de bajos ingresos. Además, los individuos ricos pueden comprar alarmas, perros guardianes y coches blindados, y pueden contratar a policías privados para su protección. Ningún defensor del control de armas ha sostenido que la policía privada deba ver limitados sus derechos a portar armas de fuego, por lo que las leyes de control de armas no serán muy limitantes en lo que respecta a los esfuerzos de autoprotección de los ricos. Sin embargo, el efecto podría ser significativo para los individuos de ingresos medios y bajos, porque normalmente no están tan protegidos por la policía pública y tienen muchas menos opciones de autoprotección disponibles. Como prueba de la importancia relativa de las armas para la protección de los individuos de bajos ingresos, de los 120 homicidios justificados por ciudadanos privados en California durante 1981, el 28,6 por ciento fueron cometidos por hispanos, el 47,6 por ciento por

negros y el 21,4 por ciento por blancos.²⁶ No hay razón para esperar que determinadas razas tengan más probabilidades de ser víctimas de delitos o de matar a delincuentes que otras razas. Pero un porcentaje mucho mayor de negros e hispanos pertenecen a las clases de ingresos más bajos en California que los blancos, por lo que podríamos concluir que los individuos de ingresos más bajos tienden a recurrir a las armas de fuego para protegerse con más frecuencia que los individuos de ingresos más altos, simplemente porque sus opciones son más limitadas. Además, es más probable que sean víctimas de delitos, por lo que es más probable que busquen algún medio de autoprotección. Si se aprueban leyes estrictas de control de armas, muchos individuos de bajos ingresos se verán obligados a elegir entre renunciar a su principal herramienta para proteger a sus personas y propiedades o convertirse ellos mismos en delincuentes al desobedecer las leyes de control de armas (la evidencia es que elegirán lo segundo; se estima que en la ciudad de Nueva York hay un millón de armas ilegales a pesar de su estatuto de control de armas).

Hay que señalar aquí otras pruebas. El consejo de la ciudad de Kennesaw, Georgia, aprobó una ordenanza muy publicitada el 15 de marzo de 1982, que exigía que cada hogar tuviera un arma de fuego. La publicidad que rodeó la aprobación de esta ordenanza aparentemente proporcionó a los potenciales delincuentes de la zona el conocimiento de que muchos residentes de Kennesaw poseían armas de fuego y estaban dispuestos a utilizarlas para protegerse. En consecuencia, la delincuencia en Kennesaw descendió a un ritmo espectacular. Los delitos graves se redujeron en un 74,4% de 1981 a 1982.²⁷ Los robos en domicilios se redujeron de 55 en 1981 a 19 en 1982; los asaltos con agravantes se redujeron de nueve a dos, las violaciones se redujeron de tres a cero, los robos a mano armada se redujeron de cuatro a cero y los homicidios de uno a cero. En los siete meses inmediatamente posteriores a la aprobación de la ordenanza, sólo se produjeron cinco robos en comparación con los 45 que se produjeron durante el mismo periodo de siete meses en 1981.²⁸ El examen de las pruebas de Orlando, Kennesaw y otras fuentes llevó a Kleck y Bordua a concluir que

es una hipótesis perfectamente plausible que la propiedad privada de armas ejerza actualmente un efecto disuasorio sobre los delincuentes igual o mayor que las actividades del sistema de justicia penal... existe la clara posibilidad de que, aunque la propiedad de armas entre las personas propensas a la delincuencia tienda a aumentar la delincuencia, la propiedad de armas entre la mayoría no delincente tienda a reducir los índices de delincuencia por debajo de los niveles que alcanzarían de otro modo.²⁹

Otros equipos de protección también han demostrado su eficacia en la detección y prevención de la delincuencia. En Cedar Rapids, Iowa, por ejemplo, se instaló un sistema de alarma bastante económico en 350 negocios que habían sido objetivos frecuentes de los ladrones.³⁰ El sistema costó 100.000 dólares durante el primer año, 185 dólares por negocio para comprar e instalar el equipo más 185 dólares al año para los gastos de la línea telefónica y el mantenimiento. Durante el primer año y medio de funcionamiento del sistema se detuvo a 40 ladrones, más de los que se habían detenido en los cuatro años anteriores juntos. Los cuarenta fueron condenados.

Otras acciones también parecen tener éxito. Un estudio del National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice sobre cuatro ciudades, por ejemplo, descubrió que los hogares que graban números de identificación en sus propiedades parecen reducir sus posibilidades de sufrir robos.³¹ Las encuestas realizadas a personas que participan en proyectos similares en otras 78 comunidades indicaron resultados similares.

Otro estudio, realizado por el Western Behavioral Science Institute con las tiendas 7-Eleven de Southland Corporation, trabajó con antiguos ladrones armados para calificar un gran número de tiendas según su atractivo como objetivos de robo.³² Utilizando una muestra de 120 tiendas de atractivo similar, se utilizaron 60 como grupo de control y se probaron los cambios experimentales en las otras 60. Los cambios eran bastante baratos (unos 100 dólares por tienda) e incluían despojar los escaparates de los anuncios al anochecer y colocar carteles con la leyenda "El dependiente no puede abrir esta caja fuerte". El resultado fue un 30% menos de robos en las tiendas de prueba que en las de control durante los primeros ocho meses del estudio. Antes del estudio, Southland experimentaba una media de un robo por tienda al año.

Las patrullas y las guardias vecinales también son alternativas deseables para la prevención de la delincuencia debido a su bajo coste.³³ De hecho, debido a que las patrullas de seguridad privadas voluntarias y pagadas son vigilantes eficaces, Sherman sugirió que, por razones de rentabilidad, la policía pública no debería ser la principal proveedora de prevención de la delincuencia a través de la vigilancia. Según Sherman, la policía pública debería ayudar en la organización y el uso tanto de las organizaciones de vigilancia privadas voluntarias como de la policía privada, en lugar de considerar a estos otros vigilantes como una amenaza.³⁴

Un último esfuerzo de privatización merece atención: las calles privadas de St. Algunos observadores han argumentado que los menores índices de delincuencia en estas calles son el resultado de la limitación del acceso, no de la privatización. Ciertamente, cabría esperar que el acceso limitado fuera un factor importante, pero el cierre de las calles públicas se ha probado en otros lugares con poco éxito. Un experimento del Departamento de Justicia en Hartford, Connecticut, por ejemplo, cerró calles y asignó equipos de policía al barrio. Pero "para decepción de los directores del proyecto, las estadísticas policiales no mostraron ningún descenso drástico de la delincuencia".³⁵ Las calles privadas tienen dos ventajas que el simple cierre de calles e incluso las asociaciones de vecinos no tienen. En primer lugar, "la propiedad da al barrio un alto grado de cohesión". En segundo lugar, todos los residentes firman un contrato en el que se comprometen a utilizar y mantener la propiedad. Los incentivos resultantes para el control cooperativo de la delincuencia son aparentemente muy fuertes.

Aunque las pruebas empíricas son escasas, hay indicios de que los usos especializados de los recursos privados son eficaces, y en muchos casos más eficaces que los recursos públicos. Por supuesto, el hecho de que los recursos privados que sustituyen a los recursos públicos (o a los que podrían sustituir los recursos públicos) sean eficaces en la disuasión de la delincuencia no es necesariamente una justificación suficiente para su uso. Los mismos recursos podrían ser utilizados de forma más eficiente por la burocracia pública.

Mayor eficacia en la aplicación de la ley

Es probable que la producción del sector privado en materia de protección o resolución de conflictos sea relativamente eficiente en comparación con la producción del sector público. Una de las razones es que las empresas privadas que producen servicios de protección o adjudicación sólo pueden sobrevivir si obtienen beneficios. En un esfuerzo por ser rentable, el empresario privado intenta producir el nivel de servicio demandado al menor coste posible. Si tiene éxito, recoge los beneficios. Pero los ciudadanos no esperan que un departamento de policía o un tribunal públicos obtengan beneficios. Los impuestos cubren los costes, y los departamentos de policía y los tribunales sobreviven independientemente de los costes. Como los jefes de policía y los jueces no tienen que obtener beneficios para sobrevivir, tienen menos incentivos para preocuparse por los costes de producción. Además, no obtienen ninguna recompensa especial si

consiguen producir al menor coste posible. Esto no implica que los jefes de policía y los jueces sean completamente ambivalentes con respecto a los costes que genera un departamento o un tribunal; significa que es probable que realicen un esfuerzo relativamente menor en la supervisión de los empleados para controlar el desperdicio de tiempo y recursos.

Pero las diferencias van más allá de los incentivos de los gestores de las oficinas públicas. Incluso un gestor que ignore sus incentivos y actúe como un maximizador de beneficios (minimizador de costes) no sería eficaz, dadas las rigideces burocráticas. Un estudio sobre la producción pública frente a la contratación externa realizado por la Oficina de Administración de la ciudad de Nueva York concluyó lo siguiente

Está claro que las empresas municipales funcionan con desventajas. La productividad de la mano de obra está influenciada por las normas de la administración pública y por una situación sindicato-dirección totalmente diferente a la de la industria privada. Un trabajador municipal cuesta más por unidad de trabajo. Otras desventajas se derivan de la actitud predominante de que no se necesitan sistemas de vigilancia para evitar que los funcionarios municipales roben fondos públicos.

La cuestión es, básicamente, que las reglas del juego perjudican la productividad en la empresa municipal. Un buen gestor podrá hacerlo mejor que un mal gestor, pero será casi imposible que lo haga tan bien como en la industria privada, que juega con otras reglas.³⁶

La inflexibilidad organizativa inherente al sistema de la función pública impide a la dirección disciplinar a los empleados ineficientes a menos que su comportamiento sea extremo. El movimiento lateral para ajustar las necesidades de mano de obra frente a los cambios en la demanda es prácticamente imposible, al igual que la contratación en cualquiera de los grados más bajos. "Estas cualidades disfuncionales de los sistemas de servicio civil reflejan comúnmente la presión de los empleados, que tienden a enfatizar la continuidad y la antigüedad por encima de la competencia como calificaciones para los puestos de nivel superior, y por los sindicatos de empleados que enfatizan los objetivos sindicales tradicionales de más salario, menos trabajo y seguridad laboral."³⁷

El motivo del beneficio proporciona fuertes incentivos para producir a bajo coste. Dado que los consumidores son libres de elegir entre las opciones de protección privada, la única forma en que una empresa privada puede obtener legalmente clientes es convenciendo a la gente de que ofrece un servicio de calidad a un precio razonable. Los productores gubernamentales de protección (o incluso los gobiernos que contratan servicios de protección) tienen otra opción: pueden utilizar el poder de coacción del gobierno para recaudar impuestos y producir protección tanto si se valora el precio pagado como si no.

Los recursos se utilizan de forma más eficiente cuando se orientan hacia el uso que genera el mayor beneficio para los miembros de la sociedad. Los mercados competitivos tienden a orientar los recursos hacia sus mejores y más altos usos, porque el precio que los consumidores están dispuestos a pagar por un bien o servicio refleja los beneficios que esperan obtener de su consumo. Los departamentos de policía públicos no aprovechan las señales de precios para decidir cómo asignar los recursos, mientras que los proveedores privados de servicios y equipos de protección se ven obligados a prestar atención a las señales de precios. Como escribió Gustave de Molinari, un economista francés del siglo XIX, la "opción que conserva el consumidor de poder comprar seguridad donde le plazca provoca una emulación constante entre todos los productores, cada uno de los cuales se esfuerza por mantener o aumentar su clientela con el atractivo de la baratura o de los [servicios] más rápidos, completos y mejores".³⁸

La importancia de las señales de precios y de la competencia por la clientela no debe pasarse por alto en un debate sobre la eficiencia. La mayoría de los departamentos de policía no han percibido las presiones de la competencia (excepto en términos de competencia por una parte del presupuesto que otras burocracias también buscan) porque su clientela está garantizada. En el sector privado, sin embargo, las empresas deben competir por los dólares de los consumidores, y éstos eligen entre las opciones disponibles. En estas circunstancias, si un consumidor compra un arma, instala una alarma o contrata a un guardia para protegerse, la decisión implica una asignación racional y eficiente de los recursos de protección. Tal decisión refleja el hecho de que se trata de recursos especializados de protección que proporcionan beneficios que la policía pública no puede ofrecer.

La eficiencia relativa de los tribunales privados. La policía privada es relativamente rentable, pero ¿qué ocurre con los tribunales privados? Robert McLucas, director de siniestros de propiedad de Travelers Insurance, explicó: "Hay dos razones para utilizar [los tribunales privados]. Una, son baratos. Y dos, son baratos".³⁹ Por ejemplo, un pequeño proveedor mayorista de Virginia tuvo un desacuerdo con una gran empresa de informática sobre los problemas que tenía con un ordenador recién comprado. Un litigio judicial les habría costado al menos 25.000 dólares a cada uno,⁴⁰ así que organizaron un minijudicio con EnDispute. El asunto se resolvió en un día y medio con un coste total de 4.500 dólares para cada uno. Una de las principales razones del ahorro es que los minijudicios funcionan con procedimientos y normas extremadamente simplificados en relación con los establecidos por la burocracia de los tribunales públicos.

La simplificación de las normas y los procedimientos caracteriza al arbitraje, y los empresarios que lo eligen suelen reconocer la relación deseable entre informalidad y rapidez.⁴¹ El arbitraje evita los prolongados aspectos procesales de los litigios públicos y ofrece una considerable flexibilidad debido a la simplificación de sus procedimientos. De hecho, sigue estando relativamente extendido el rechazo a los abogados como árbitros, lo que refleja el deseo de mantener la informalidad que lo distingue de los tribunales públicos (véase el capítulo 2).⁴²

Consideremos este ejemplo. Demandar al vecino es uno de los procedimientos más sencillos de la ley, pero ¿qué implica la mera presentación de esa demanda? En primer lugar, se contrata a un abogado y se le explica el problema. Se paga un anticipo. A continuación, el abogado redacta una demanda, un documento legal y formal que explica los motivos en los que se basa la jurisdicción del tribunal, detalla el motivo de la demanda y describe lo que el demandante quiere que haga el demandado. Se hacen numerosas copias de esta demanda para el tribunal y la persona demandada. Se redactan "certificados de notificación" para informar al demandante de que el demandado ha recibido la demanda. Una vez que los documentos han llegado al demandado, después de pasar por el secretario judicial y el sheriff y luego de vuelta al demandante (de nuevo a través del sheriff y el secretario judicial), la demanda ha comenzado oficialmente, "con tan pocos papeles y tan pocas horas de abogado y tan poca complejidad como casi cualquier proceso conocido por la ley".⁴³

¿Y si la misma disputa hubiera ido a arbitraje? La parte demandante puede obtener un formulario de una página de la AAA y describir brevemente su reclamación. El formulario se envía por correo a la otra parte y se deposita una copia en la oficina regional más cercana de la AAA. "Así comienza el arbitraje, con el coste de cinco minutos y unos cuantos sellos de correos".⁴⁴ Wooldridge concluyó: "El proceso para llevar un argumento ante un tribunal privado es... infinitamente más rápido y económico que el de llevar una disputa idéntica ante un tribunal oficial... Cualesquiera que sean las razones históricas, teóricas y prácticas para el ritmo minucioso y medido de los tribunales, ese ritmo también implica una abundancia de dos

productos básicos cada vez más caros, el papel y los abogados.⁴⁵ Wooldridge predijo que la complejidad del proceso legal del sector público podría empujar a la gente a un mayor uso de los medios privados de resolución de conflictos, incluso si la congestión de los tribunales no lo hace.

La información como fuente de eficacia

Las decisiones de asignación que se toman en los mercados privados suelen basarse en una mejor información, tanto para los demandantes como para los proveedores, que las decisiones de asignación que se toman en el sector público. David Friedman ha hecho una interesante analogía que subraya una razón por la que los compradores tienen mejor información en los mercados. Los consumidores que compran en un mercado pueden comparar sustitutos. Está claro que la información de los consumidores no es perfecta, como tampoco lo es la información necesaria para tomar la mayoría de las decisiones, por lo que se pueden cometer errores. Pero las alternativas existen realmente y pueden compararse sobre la base de los resultados anteriores. Por otro lado,

Cuando se elige a un político, no se compran más que promesas. Puedes saber cómo un político dirigió el país durante los últimos cuatro años, pero no cómo lo habría hecho su competidor. Se pueden comparar Fords, Chryslers y Volkswagens de 1968, pero nadie podrá nunca comparar el gobierno de Nixon de 1968 con los gobiernos de Humphrey y Wallace del mismo año. Es como si sólo tuviéramos Fords de 1920 a 1928, Chryslers de 1928 a 1936, y tuviéramos que decidir qué firma haría un coche mejor durante los siguientes cuatro años. Tal vez un ingeniero automotriz experto podría hacer una conjetura sobre si Ford había utilizado la tecnología de 1920 para satisfacer las demandas de 1920 mejor que Chrysler había utilizado la tecnología de 1928 para satisfacer las demandas de 1928. El resto de los mortales podríamos lanzar una moneda al aire. Si añadimos Volkswagen o American Motors, que no han fabricado ningún coche en Estados Unidos pero quieren hacerlo, la situación se vuelve ridícula. Cada uno de nosotros tendría que conocer a todas las empresas de forma ilimitada para tener una base razonable para decidir.⁴⁶

Los consumidores que compran bienes o servicios en mercados competitivos tienen bases de comparación relativamente buenas, por lo que tienen una mejor idea de la calidad disponible.

Los consumidores de los mercados privados tienen incentivos relativamente fuertes para utilizar la información disponible, porque cuando toman una decisión de compra, consumen el bien o el servicio. Se benefician directamente del tiempo, el esfuerzo y los gastos invertidos. Sin embargo, los consumidores de bienes producidos públicamente tienen incentivos relativamente débiles para obtener información, porque después de obtenerla y tomar una decisión, el individuo no tiene ninguna garantía de que el gobierno vaya a responder de la manera deseada. De hecho, en la política representativa, no hay ninguna garantía de que la elección del individuo, después de buscar información, importe en absoluto. Como sugirió Friedman

Imaginemos que compramos coches de la misma manera que compramos gobiernos. Diez mil personas se reunirían y acordarían votar, cada una por el coche que prefiriera. Cualquiera que fuera el coche que ganara, cada uno de los diez mil tendría que comprarlo. A ninguno de nosotros le saldría a cuenta hacer un esfuerzo serio para averiguar qué coche es el mejor; decida lo que decida, mi coche lo eligen por mí los demás miembros del grupo. Bajo tales instituciones, la calidad de los coches disminuiría rápidamente.

Así es como debo comprar productos en el mercado político. No sólo no puedo comparar productos alternativos, sino que no me merecería la pena hacerlo aunque pudiera. Esto puede tener algo que ver con la calidad de los productos que se venden en ese mercado. Caveat emptor.⁴⁷

De hecho, sí tiene que ver con la calidad de la producción del gobierno, porque afecta claramente a los incentivos de quienes producen bienes y servicios en el gobierno.

Los votantes y contribuyentes individuales tienen pocos incentivos para informarse sobre el funcionamiento de su gobierno. Es decir, tienen pocos incentivos para controlar el rendimiento de quienes producen los bienes y servicios del gobierno. Esto genera la posibilidad de que los grupos de interés influyan en las decisiones del gobierno, de que los burócratas produzcan de forma ineficiente y de que florezca la corrupción. Los productores de los mercados competitivos, en cambio, deben ofrecer lo que los consumidores quieren para sobrevivir y prosperar.

La disciplina derivada de la competencia

Las vigilancias y patrullas vecinales suelen ser acciones privadas de cooperación para disuadir la delincuencia. Cuando se observa un delito, el particular que patrulla llama a la policía pública. Dado que es más probable que los delitos se resuelvan si se observan en curso que si se descubren después, la policía tiene más probabilidades de detener y procesar con éxito a un delincuente. Así pues, es probable que las guardias vecinales reduzcan la delincuencia debido al efecto disuasorio de la patrulla visible, y también es probable que aumenten la probabilidad de que la policía resuelva los delitos realmente cometidos. Por lo tanto, no es sorprendente que los departamentos de policía apoyen activamente a las organizaciones de vigilancia vecinal y ayuden a su formación. Existe un apoyo similar a la Operación ID, que consiste en marcar los bienes para que puedan ser fácilmente identificados en caso de robo.

Hay otros ejemplos. La posesión de armas permite a los individuos responder mucho más rápidamente a un delito en curso que el tiempo de respuesta de la mayoría de los esfuerzos de la policía pública. Una respuesta relativamente rápida por parte del propietario de un arma aumenta la probabilidad de detener al criminal. No es sorprendente, por tanto, encontrar una abrumadora mayoría de agentes de policía que se oponen al control de armas. La Fundación de la Segunda Enmienda descubrió en 1977 que aproximadamente el 64 por ciento de los 34.000 policías encuestados creían que una ciudadanía armada sirve como elemento disuasorio del crimen; el 86 por ciento indicó que incluso si no fueran policías tendrían un arma para protegerse; y más del 83 por ciento indicó que la prohibición de las armas de mano beneficiaría a los criminales más que a los ciudadanos.⁴⁸ Una encuesta realizada en 1976 por la División de Planificación e Investigación del Departamento de Policía de Boston reveló que más del 66 por ciento de los principales administradores policiales del país estaban a favor de la posesión de armas de mano por parte de los ciudadanos; el 80 por ciento aprobaba la posesión de armas de mano en los hogares y en los lugares de trabajo.⁴⁹

Kalik y Wildhorn señalaron que "la policía privada suele actuar como ojos y oídos ampliados de la policía pública; ocasionalmente ayudan a cumplir órdenes de detención y citaciones en propiedades privadas, o a controlar el tráfico en torno a las mismas; informan a la policía pública de personas y circunstancias sospechosas; pueden realizar investigaciones preliminares; pueden efectuar o ayudar a efectuar detenciones; pueden informar a la policía de situaciones inusuales inminentes, como huelgas; etc."⁵⁰ Cuando la policía privada colabora con la policía pública, la aplicación de la ley parece mejorar.

Control de la delincuencia pública y privada: ¿Sustitutivos o complementarios? Si los servicios públicos y privados son complementarios, entonces el crecimiento del sector privado mejorará claramente el rendimiento del sector público. Sin embargo, si son sustitutos, es probable que el impacto aparente en el rendimiento del sector público sea mayormente ilusorio. Kakalik y Wildhorn sostienen que los servicios de seguridad públicos y privados son en gran medida complementarios: "con muy pocas excepciones, los guardias [privados] realizan un trabajo que la policía pública ordinaria no puede o no quiere realizar.... Normalmente, los guardias privados realizan funciones que complementan las de la policía pública". También sostienen que el sector privado realiza muy pocas tareas de investigación y que las investigaciones que llevan a cabo las empresas privadas se producen cuando la policía pública no puede o no quiere investigar. Por tanto, "la gran mayoría de los esfuerzos de investigación privados son complementarios a los de la policía pública". Los patrulleros privados en propiedades privadas patrullan donde rara vez lo hace la policía, por lo que se dice que su papel es "principalmente complementario al de la policía." Además, "los sistemas de alarma de intrusión complementan las funciones de la policía pública porque están destinados a prevenir el delito (si el sistema de alarma es visible), a detectar el delito y a denunciar los delitos que se produzcan en los locales donde se encuentran las alarmas." Por último, "el personal del servicio de entrega blindado... proporciona seguridad durante el tránsito de artículos entre lugares... [donde] la policía pública no suele tomar ninguna medida preventiva". Así, las funciones típicas de la policía pública y del personal de reparto blindado privado son complementarias.⁵¹ De hecho, prácticamente todas estas actividades "complementan" a la policía pública sólo en el sentido de que han asumido posibles funciones de protección y prevención de la delincuencia que la policía no puede o no quiere realizar. En otras palabras, están sustituyendo a la policía pública.

Es probable que haya acciones privadas de control de la delincuencia que realmente sean complementos de la policía pública en el sentido económico. Por definición, dos bienes son complementarios si la reducción del precio de uno de ellos hace que aumenten las compras de ambos. La relación también es válida en la dirección opuesta: el aumento del precio de un bien lleva a la reducción de las compras de ambos. Así, por ejemplo, deberían comprarse más servicios policiales públicos y privados porque el precio de la policía pública es menor. Pero la creciente privatización se ha producido ante el aumento de los precios de los servicios policiales públicos. La definición económica de sustituto es que la compra de un bien o servicio aumenta como consecuencia del aumento de los precios de otro.⁵²

La mayoría de los esfuerzos de seguridad privada parecen ser complementos de la policía pública porque, a medida que aumentan los esfuerzos de control de la delincuencia del sector privado, se disuaden los delitos y se atrapa a los delincuentes; es decir, el rendimiento de todo el sistema (privado y público) que se atribuye únicamente a la policía pública, aumenta medido en términos de detenciones y de una delincuencia relativamente menor. Sin embargo, lo que ocurre en realidad es que los esfuerzos de la seguridad privada sustituyen a algunas de las tareas que podría realizar la policía pública, aliviando parcialmente a la policía pública de los problemas de congestión. Como consecuencia, la policía pública parece ser más eficaz.

Sin embargo, hay una forma en la que la disponibilidad de sustitutos podría mejorar realmente la actuación pública. A medida que más ciudadanos recurran al sector privado para complementar la protección pública o la resolución de conflictos, deberían darse cuenta de las ventajas de la privatización. Los servicios del sector privado se especializarán y, en consecuencia, serán relativamente más eficaces que los del sector público. Además, los esfuerzos del sector privado estarán generalmente disponibles a costes relativamente bajos, y los ciudadanos serán

cada vez más reacios a pagar impuestos por la policía y los tribunales públicos. La amenaza de pérdida de presupuestos y puestos de trabajo puede ser lo suficientemente grande como para que los burócratas públicos tengan mayores incentivos para controlar los costes y para que los empleados públicos modifiquen sus exigencias salariales y de condiciones de trabajo. De este modo, algunos de los beneficios de la competencia del sector privado pueden extenderse a la producción del sector público.

Lo mismo ocurre con el crecimiento de los tribunales privados. Como observó Pruitt, el cambio de los tribunales públicos a los privados tiende a aliviar algunos de los problemas de los tribunales públicos que crearon los incentivos para el cambio a los tribunales privados en primer lugar.⁵³ En particular, la congestión de los tribunales podría aliviarse tanto porque un número de casos se desvía de la lista de espera como porque esos casos tienden a ser relativamente complejos y a consumir mucho tiempo. En consecuencia, la disponibilidad de tribunales privados puede hacer que los tribunales públicos parezcan más eficientes. Pero los tribunales privados sustituyen a los públicos, no los complementan. Una vez más, la privatización de la protección y la resolución de conflictos puede tener efectos indirectos positivos en el sistema de justicia penal del sector público si los productores públicos perciben los sustitutos privados como una verdadera amenaza competitiva para sus presupuestos.

Conclusiones

¿Qué grado de privatización debe permitirse? Existen opiniones contradictorias sobre la respuesta a esta pregunta. Consideremos, por ejemplo, el estudio de Marshall Clinnard que contrastó los índices de delincuencia en Suiza y Suecia e intentó explicar las diferencias observadas en los índices de delincuencia señalando las diferencias en la composición social y política de los dos países.⁵⁴ La explicación de Clinnard sobre la tasa de criminalidad relativamente baja en Suiza hacía hincapié en los diferentes grados de control gubernamental. Suecia tiene un gobierno central fuerte que ha tendido a inhibir la iniciativa y la responsabilidad individuales en todos los ámbitos, incluido el de la delincuencia. Los suizos han confiado más en los esfuerzos individuales con un gobierno central mucho más débil. De hecho, la prestación de servicios policiales por parte del sector privado es común en Suiza, con más de 30 pueblos y municipios suizos que actualmente adquieren protección con lo que la Asociación Suiza de Ciudades y Municipios describe como "ahorros sustanciales".⁵⁵ Clinnard concluyó: "Las comunidades o ciudades que deseen prevenir la delincuencia deben fomentar una mayor descentralización política desarrollando pequeñas unidades de gobierno y fomentando la responsabilidad de los ciudadanos en la obediencia a la ley y el control de la delincuencia. El aumento de la delegación y la responsabilidad del control de la delincuencia en la policía y en los organismos gubernamentales... debería invertirse".⁵⁶ Las conclusiones de Clinnard apoyan claramente una mayor privatización.

Un número cada vez mayor de estudiosos sostienen que el gobierno no debería tener ningún papel en la protección contra la delincuencia o la resolución de conflictos.⁵⁷ Su argumento es atractivo, ya que destaca las ventajas de la libertad de elección y la competencia, los incentivos de los buscadores de beneficios para minimizar los costes, la evitación del problema de los bienes comunes y los beneficios de la especialización. Este punto de vista hace hincapié en la eficiencia y la eficacia de la oferta de los productores privados en relación con la oferta de los productores públicos. Sin embargo, algunos sostienen que tiende a pasar por alto ciertos problemas que pueden surgir del lado de la demanda del mercado. Estos argumentos se analizan en el siguiente capítulo.

APENDICE AL CAPÍTULO IX

La teoría económica del crimen y la privatización

La teoría económica de la delincuencia aborda la actividad delictiva de una manera que difiere significativamente de otros paradigmas. Esta teoría no trata de especificar las causas últimas de la delincuencia, sino que intenta identificar las variables que estructuran los costes y los rendimientos de la actividad delictiva para predecir la incidencia de la delincuencia. En otras palabras, la teoría económica de la delincuencia intenta explicar los índices de delincuencia directamente a través del examen de las variables sociales y económicas, y no indirectamente como resultado de la composición psicológica de los delincuentes potenciales. El razonamiento subyacente es que los delincuentes responden sistemáticamente a los incentivos. Así, la delincuencia se explica como un problema de maximización de la utilidad limitada. Los individuos maximizan la utilidad esperada eligiendo entre actividades legales e ilegales tras considerar las ganancias y los costes esperados asociados a cada alternativa. Muchas de las razones de la importante tendencia a la privatización pueden visualizarse añadiendo el sector privado al modelo pionero de Gary Becker.⁵⁸

La teoría económica del crimen sin intervención del sector privado en la aplicación de la ley Respaldo empírico de la teoría económica del crimen.

Siguiendo a Becker y Ehrlich,⁵⁹ consideremos una oferta de delitos en la que los delitos per cápita están relacionados con la probabilidad y la severidad del castigo para ese tipo de delito, los ingresos esperados de la actividad delictiva y los rendimientos de las actividades legales alternativas (y quizás otros factores ambientales). Los dos primeros factores representan la valoración que hace el delincuente potencial de los costes que podría soportar si comete el delito. Si la probabilidad de castigo aumenta, es menos probable que un individuo cometa el delito, y la oferta de delitos debería disminuir. Del mismo modo, si la severidad del castigo aumenta, cabe esperar que el número de delitos disminuya. Por otro lado, si las ganancias por cometer este delito aumentan, entonces deberían producirse más delitos de este tipo. Por último, si aumentan las oportunidades o el nivel de generación de ingresos legítimos, la actividad delictiva debería disminuir. Algunos podrían señalar que los "crímenes pasionales" no generan recompensas monetarias. Sin embargo, como observó Sedgwick, "el modelo económico puede aplicarse a cualquier situación en la que un individuo busque maximizar su utilidad subjetiva": Así, el hecho de que los crímenes pasionales no impliquen a menudo transferencias de dinero no significa que no puedan ser explicados por el modelo económico.⁶⁰

Becker, Ehrlich y otros han señalado que la oferta de delitos se determina simultáneamente con la demanda de servicios de ejecución penal. Pero generalmente sólo consideran la contribución del sector público a la aplicación de la ley. Así, la producción de la aplicación de la ley que afecta a la probabilidad de castigo depende de factores como el número de policías per cápita o para una zona geográfica, el nivel de derechos de los sospechosos y las características de la comunidad en la que se cometen los delitos. Del mismo modo, la producción de servicios de aplicación de la ley que afectan a la severidad del castigo depende de factores como la duración de las penas de prisión, los derechos de los presos, el entorno penitenciario y, quizás, la posibilidad de aplicar la pena capital.

Teniendo en cuenta estas relaciones, Ehrlich y otros han desarrollado predicciones sobre la asignación y la demanda de la aplicación de la ley. Por ejemplo, la demanda de estos servicios por parte de una comunidad depende de la tasa de criminalidad, del nivel de renta o riqueza de la comunidad, de los costes de oportunidad de utilizar los recursos de la comunidad para la aplicación de la ley penal y de otras características de la comunidad.

Así pues, la teoría económica de la delincuencia contempla un sistema interdependiente (o simultáneo) en el que la oferta de delitos no puede determinarse sin determinar simultáneamente la demanda de servicios de represión de la comunidad. Pero la demanda de servicios de aplicación de la ley es una cuestión mucho más compleja de lo que se suele suponer. En primer lugar, consideremos las pruebas que apoyan esta teoría y, a continuación, veamos si la teoría económica puede explicar el crecimiento de la demanda de servicios privados de aplicación de la ley.

Respaldo empírico de la teoría económica del crimen

Dado que la teoría económica de la delincuencia plantea la hipótesis de que la actividad delictiva puede aumentar con una reducción del coste de cometer un delito o un aumento de sus beneficios, se han examinado dos cuestiones empíricas: ¿Aumentan los índices de delincuencia con una reducción de los costes de oportunidad del delito? ¿Aumentan los índices de delincuencia con una disminución del coste esperado del delito debido a la reducción de la probabilidad y la severidad del castigo? Una gran cantidad de literatura indica que una caída en los costes de oportunidad del delito, ya sea en términos de una reducción de los salarios o un aumento del desempleo, conduce a un aumento de la delincuencia.⁶¹ Estas conclusiones no son exclusivas de la economía; prácticamente todos los científicos sociales coinciden en este punto. Así, una de las explicaciones del rápido aumento (durante la década de 1960) y de la posterior estabilidad relativa de los índices de delincuencia (durante la década de 1970 y principios de 1980) tiene que ser las largas y profundas recesiones y la incertidumbre de las oportunidades legales derivadas de la elevada inflación y el alto desempleo continuos. Del mismo modo, los ligeros descensos de los índices de criminalidad pueden deberse a la mejora de las condiciones económicas. De hecho, una conclusión general de la literatura empírica sobre la teoría económica de la delincuencia puede ser que la mejor manera de reducir la delincuencia es aumentar las oportunidades legítimas.⁶² Sin embargo, hay pruebas que apoyan la hipótesis de que los índices de delincuencia aumentan con la reducción de la probabilidad y la severidad del castigo, y esta hipótesis es de especial interés.

Las pruebas de esta "hipótesis de la disuasión" están muy extendidas en la literatura económica, sociológica y criminológica. Como señaló Palmer "Probablemente se puede afirmar que muchos economistas han llegado a la conclusión de que un aumento del castigo esperado reduce la delincuencia, mientras que muchos sociólogos han llegado a la conclusión de que dicho aumento no disuade de la delincuencia o tiene un efecto demasiado pequeño para ser considerado un instrumento útil de la sociedad."⁶³ La teoría económica sostiene esencialmente que los delincuentes son como cualquier otra persona, en el sentido de que maximizan racionalmente la utilidad dadas sus estimaciones y evaluaciones de los costes y beneficios potenciales de las actividades delictivas y legales alternativas. Los delincuentes pueden tener preferencias diferentes a las de los no delincuentes, pero responden a los incentivos, por lo que el castigo puede disuadir del delito.⁶⁴

En su examen del impacto disuasorio de la probabilidad (y la severidad) del castigo en los siete delitos índice del FBI, Isaac Ehrlich descubrió que "la tasa de categorías específicas de delitos, sin prácticamente ninguna excepción, varía de forma inversa con las estimaciones de la probabilidad de aprehensión y el castigo por encarcelamiento".⁶⁵ Quizás el resultado más importante de sus conclusiones es que los llamados crímenes pasionales (asesinato, violación, agresión) responden con la misma intensidad a los costes esperados del castigo que los delitos contra la propiedad.⁶⁶ Esto proporciona un fuerte apoyo a la teoría económica de la delincuencia, que asume que incluso los delincuentes potenciales que pueden tener diferentes preferencias responden a los incentivos.

En resumen, podríamos concluir que 1) una oportunidad legal relativamente pobre de generar ingresos dará lugar a más delitos; y 2) los índices de delincuencia se reducen con mayores probabilidades de castigo.⁶⁷ Algunos críticos pueden no estar de acuerdo con estas conclusiones, señalando que los datos y al menos algunas de las técnicas econométricas utilizadas para obtener los resultados eran deficientes. Sin embargo, como observó Elliot, "estos problemas no parecen hacer que los datos existentes sobre la delincuencia sean inadecuados para las pruebas empíricas de la teoría económica de la delincuencia", ya que, cuando se eliminan los sesgos de la infradeclaración, parece que el efecto de las sanciones es mayor.⁶⁸ Además, "los problemas econométricos asociados a los estudios recientes sobre la delincuencia no son notablemente más graves que en otras áreas de la econometría aplicada -especialmente cuando se "ajusta estacionalmente" por su desarrollo relativamente tardío- y, además, los resultados concuerdan con las expectativas teóricas a priori y son robustos en secciones transversales geográficas muy diferentes."⁶⁹ Por lo tanto, parece razonable concluir que si hay tendencias notables en la dirección de la reducción de la certeza (y quizás de la severidad) del castigo, esto proporcionaría al menos una explicación parcial del aumento de las tasas de criminalidad.

Tendencias en la probabilidad del castigo.

Si los índices de delincuencia están relacionados negativamente con las posibilidades de castigo, cuando la probabilidad de castigo disminuye, los índices de delincuencia aumentan. Este descenso está fácilmente documentado, al menos en parte. Por ejemplo, cada vez es más probable que los delincuentes se salgan con la suya, y durante el periodo 1960-1980 los porcentajes de delitos denunciados que se han esclarecido han disminuido considerablemente (véase el cuadro 10.1). Otros indicadores de las posibilidades de castigo previstas son las tasas de condenas y sobreseimientos. David Jones informó de que las tasas totales de condenas en los tribunales federales alcanzaron su punto máximo y las tasas de sobreseimiento tocaron fondo en 1952; después, las tasas de condenas disminuyeron mientras que las tasas de sobreseimiento aumentaron gradualmente hasta 1970. Jones también examinó las tasas de condenas y sobreseimientos de los estados y descubrió que en muchos estados las posibilidades de castigo han disminuido. Una posible razón para el descenso de las tasas de condenas puede ser la restricción general de la disposición de muchos tribunales a admitir pruebas contra los acusados de delitos, especialmente cuando se han obtenido mediante registros e incautaciones policiales.⁷⁰ David Jones informó de que "los jueces y fiscales de los tribunales inferiores se han quejado de que la "revolución del derecho penal" y sus consecuencias han encadenado su capacidad para llevar a los culpables ante la justicia, obligándoles a permanecer fuera de la sala y a confiar en la voluntad de muchos acusados de admitir su culpabilidad en consideración a las promesas de indulgencia en el castigo."⁷¹ La Comisión Consultiva Nacional sobre Normas y Objetivos de la Justicia Penal descubrió que un factor importante que contribuye al aumento de los delitos graves es que los tribunales han aplicado normas más estrictas para la admisión de pruebas sin explicar adecuadamente su razonamiento para hacerlo y, a menudo, sin proporcionar directrices suficientes para obtener pruebas suficientemente admisibles.⁷²

Una de las razones que explican la reducción de las probabilidades de detención es la creciente tendencia a criminalizar las actividades. En los capítulos 4, 5 y 6 se analiza esta tendencia y sus consecuencias.

David Jones observó tendencias en la negociación de los cargos que también indican que la severidad del castigo está disminuyendo. Cada vez más, los delincuentes pueden ver reducidos sus cargos si están dispuestos a declararse culpables; los acusados de múltiples delitos pueden

Cuadro 10.1 PORCENTAJES DE ARRESTOS EN DELITOS DENUNCIADOS

Año	Total delitos	Crímenes con violencia	Asesinatos y Homicidios	Violaciones	Robos	Atracos a mano armada
198	19,2	43,6	72,3	48,9	23,8	58,7
1975	21,0	44,7	70,3	51,3	27,0	63,5
1970	21,0	47,6	86,5	56,4	29,1	64,9
1965	24,6		90,5	64,0	37,6	72,9
1960	26,1		92,3	72,5	38,5	75,8
1955			92,7	78,6	42,8	77,4
1950			93,8	80,3	43,5	76,6

Fuente: Departamento de Justicia de los EE.UU. Uniform Crime Reports. Federal Bureau of Investigation, varios años.

*Los valores del Índice agregado de criminalidad para 1950 y 1955 no están disponibles.

**El índice agregado de Crímenes con violencia no está disponible por los años 1950, 1955, 1960 y 1965

conseguir que se les retiren la mayoría de los cargos si se declaran culpables de uno o dos; y los cargos por el uso de un arma en la comisión de un delito se desestiman habitualmente a cambio de una declaración de culpabilidad de otro cargo. Está claro que las reducciones de la probabilidad de castigo están mucho más extendidas de lo que indican las pruebas estadísticas medibles.⁷³

Con los cambios en los costes esperados de cometer actos delictivos, no es de extrañar que los índices de delincuencia aumenten y luego sean continuamente altos. A medida que disminuyen los costes potenciales del delito para el delincuente potencial, es cada vez más probable que el delito sea rentable.

En comparación con las opciones legales, el delito es una atractiva fuente de ingresos para un gran número de personas. Es evidente que las ganancias relativas de la actividad delictiva desempeñan un papel importante en la determinación del número de delitos cometidos. La forma más eficaz de reducir la delincuencia parece ser aumentar las oportunidades legítimas a través del crecimiento económico y, por tanto, de los ingresos y el empleo, haciendo así que los rendimientos de la delincuencia sean relativamente menos atractivos.

Las explicaciones ofrecidas por muchos observadores sobre el fuerte aumento de los índices de delincuencia durante la década de 1960 y la continuación de los altos índices durante la década de 1970 y principios de 1980 pueden parecer contrarias a la teoría económica de la delincuencia. Por ejemplo, existe una fuerte correlación estadística entre los índices de delincuencia y la parte de la población que se encuentra en el grupo de edad de los adolescentes y los veinte años. El "baby boom" de la posguerra empezó a entrar en este grupo de edad a principios de la década de 1960, se expandió rápidamente durante la década de 1960 y más lentamente durante la década de 1970, alcanzó su punto máximo a principios de la década de 1980, y ha disminuido desde entonces. Por lo tanto, los índices de delincuencia aumentaron rápidamente durante la década de 1960, se estabilizaron en la década de 1970 y sólo fluctuaron ligeramente durante los últimos años debido a los cambios en este grupo de edad "propenso a la delincuencia". Esto parece desmentir las afirmaciones hechas en este apéndice. Pero este argumento no aborda la cuestión más fundamental de por qué este grupo de edad es más propenso a cometer delitos. La respuesta viene directamente de la teoría económica del crimen de Becker. Prácticamente cualquier medida aproximada de los costes de oportunidad a los que se enfrentan los miembros de este grupo como alternativa a la delincuencia indica que ésta debería ser relativamente atractiva. Los salarios de los jóvenes son bajos, y su desempleo es siempre sustancialmente mayor que el de la población mayor. Además, el castigo para los jóvenes delincuentes tiende a ser menos severo, especialmente para los menores de dieciocho años que son procesados como menores. Incluso para los mayores de 18 años, el castigo puede ser menos severo en un sentido relativo. Una condena de quince años de prisión es, con toda probabilidad, considerable-

-mente menos aterradora para un joven de 20 años que espera vivir 50 o 60 años más que para alguien que tiene 50 años y espera vivir sólo 20 años más.

La teoría económica de la delincuencia predice que los índices de delincuencia entre los jóvenes deberían ser relativamente altos y que un aumento del número de jóvenes debería elevar los índices generales de delincuencia. ¿Niega esto que las reducciones de las probabilidades de castigo hayan provocado también un aumento de los índices de delincuencia? En absoluto.

Simplemente dice que también hay otras fuerzas en juego, fuerzas en las que no puede influir directamente el sistema de justicia penal. En cierto sentido, incluso refuerza las afirmaciones hechas aquí. Si la ciudadanía quiere que el gobierno controle la delincuencia con los recursos y las técnicas disponibles y, al mismo tiempo, una parte creciente de la población considera que la delincuencia es una opción relativamente atractiva, entonces las tendencias de la probabilidad y la severidad del castigo son precisamente lo contrario de lo que deberían ser.

Esta discusión no debe interpretarse como una defensa de sanciones penales más severas o una expansión de la burocracia policial del sector público para aumentar la probabilidad de castigo. Como señaló Tullock, "El hecho de que podamos disuadir un delito mediante un castigo concreto no es un argumento suficiente para ese castigo".⁷⁴ Del mismo modo, Ehrlich señaló que "los resultados de la investigación empírica indican que la tasa de asesinatos y otros delitos relacionados también puede reducirse mediante el aumento de las oportunidades de empleo y de ingresos". El abanico de métodos efectivos para la defensa contra el asesinato se extiende, por tanto, más allá de los medios convencionales de aplicación de la ley y prevención del delito.⁷⁵ Estos argumentos subrayan una importante deficiencia en la visión de la delincuencia con un énfasis en los esfuerzos de aplicación de la ley producidos públicamente, ignorando el papel del sector privado. De hecho, muchas de las razones del actual nivel de privatización en el ámbito de la justicia penal y las importantes tendencias hacia una mayor privatización pueden visualizarse añadiendo el sector privado al modelo de delincuencia de Becker.

La teoría económica del crimen con intervención del sector privado

El modelo de Becker reconoce que la probabilidad y la severidad del castigo se ven afectadas por las actividades de aplicación de la ley pública, pero no se menciona cómo los esfuerzos del sector privado afectan a la protección y la prevención del delito.⁷⁶ Sin embargo, es probable que estos esfuerzos privados tengan un efecto importante, especialmente en la probabilidad de castigo. En el modelo de Becker, la demanda de servicios públicos de aplicación de la ley aplicados a un delito era una función de la riqueza de la comunidad, el coste de oportunidad del dinero de los impuestos de la comunidad utilizado para la aplicación de la ley penal producida públicamente, el nivel de actividad delictiva y otras características de la comunidad. A estos factores hay que añadir los esfuerzos de control de la delincuencia del sector privado.

También se puede añadir una relación adicional al modelo de delincuencia de Becker. ¿Qué determina la demanda de las distintas actividades privadas de control de la delincuencia? En este caso, las funciones de demanda son verdaderas "demandas de mercado". Cada una es una función del precio de la actividad que los individuos deben pagar -en dinero o en términos de compromisos individuales de tiempo y esfuerzo-. La demanda agregada de cada una de las actividades de control de la delincuencia del sector privado es una función del precio de esa actividad de control de la delincuencia, de los precios de los demás bienes y servicios privados de control de la delincuencia (sustitutos y complementos), de los niveles de riqueza y de delincuencia en la comunidad, y de la naturaleza de las inversiones y castigos públicos.

Aumento de la demanda de control de la delincuencia por parte del sector privado. Kakalik y Wildhorn se preguntan: "¿Cuáles son las fuerzas que estimulan el crecimiento de la seguridad privada?". Respondieron señalando que la mayoría de los observadores enumerarían al menos algunos de los siguientes factores:

* El alto nivel y la tasa de aumento de los delitos denunciados de todo tipo y en todas las regiones.

* El aumento de la conciencia pública y el miedo a la delincuencia.

* La necesidad de seguridad del gobierno federal en sus actividades espaciales y de defensa durante la última década y, más recientemente, de seguridad contra manifestaciones violentas, atentados y secuestros.

* La tendencia básica hacia la especialización de todos los servicios.

* El aumento de las reclamaciones por siniestros de seguros de incendios y accidentes.

* La retirada de algunas aseguradoras del mercado.

* Las aseguradoras suben las tarifas y/o exigen el uso de determinados sistemas de seguridad privada.

* Las aseguradoras ofrecen descuentos en las primas cuando se utilizan determinadas medidas de seguridad privada.

* El crecimiento y el avance del país en el campo de la electrónica y otras áreas científicas, que ha dado lugar a nuevas y distintas ramas de fabricación de varias empresas, que proporcionan dispositivos de seguridad muy mejorados, especialmente para la detección de intrusos.

* El aumento general de los ingresos de las empresas y de los particulares; esto significa que hay más bienes que proteger y, al mismo tiempo, más ingresos para pagar la protección.

* La sensación de que la policía ordinaria está sobrecargada y no ha sido capaz de frenar el aumento de la delincuencia, por lo que se necesitan medidas de seguridad privada para complementar la protección de la policía ordinaria en algunas situaciones.⁷⁷

Muchas de estas fuerzas ya han sido bien documentadas en este libro, como el aumento de los índices de criminalidad, el miedo al crimen y el fracaso de los esfuerzos del gobierno para controlar el crimen. Algunos de los otros factores enumerados anteriormente no se han discutido, pero sus consecuencias son directas cuando se consideran en términos de la discusión actual. El aumento de los ingresos normalmente conducirá a un aumento de las compras de la mayoría de los equipos y servicios de protección privada. El crecimiento económico se ha producido durante prácticamente todos los años 60, 70 y 80. Esto ha llevado a una creciente demanda de prevención y protección privada (y quizás pública) contra la delincuencia.

La mayoría de los demás factores enumerados por Kakalik y Wildhorn entran en nuestro análisis a través de la consideración de los precios de los sustitutos y los complementos. Por ejemplo, el seguro es obviamente un sustituto de los equipos y servicios de protección de la propiedad. Como los seguros son cada vez más caros, los particulares y las empresas han optado por una protección relativamente mayor y un seguro menor. En cambio, gran parte de los equipos de seguridad electrónica son aparentemente complementarios de otros servicios de protección, en particular el uso de guardias para vigilar los equipos y responder a sus señales. Gracias a los avances tecnológicos, el precio de este tipo de seguridad ha bajado: se puede obtener más seguridad con el mismo nivel de gasto en equipos, o se puede obtener el mismo nivel de seguridad con un gasto menor. Este precio más bajo tiene dos implicaciones. En primer lugar, al bajar el precio de la seguridad efectiva mediante el uso de equipos de seguridad avanzados, se compran más de esos equipos. Así, no es de extrañar que "la progresión de los tubos de vacío a los transistores y a la tecnología de circuitos integrados haya desempeñado un papel importante en el crecimiento de la industria de la seguridad. Hoy en día, los productos y servicios de seguridad electrónica constituyen una parte considerable del mercado de la seguridad"⁷⁸ En segundo lugar, a medida que el precio de la seguridad producida con estos equipos ha disminuido, la demanda de servicios de seguridad complementarios (por ejemplo, guardias) ha aumentado.

Sustitución del control del crimen privado por el público. Dado que la mayoría de los bienes y servicios de control de la delincuencia privados y públicos son sustitutos en un sentido económico, a

medida que el precio de una fuente de control de la delincuencia aumenta en relación con el precio de otra, la demanda del bien o servicio que ahora tiene un precio relativamente bajo aumentará. El cuadro 10.2 detalla el aumento del precio (aproximado por la nómina mensual media) de la policía pública entre 1970 y 1979. Esta tendencia también existió durante los años 50 y 60. Por supuesto, el precio de la policía privada también ha aumentado, como indica el cuadro 10.2. Sin embargo, durante la década de los 60, los salarios de la policía pública aumentaron mucho más rápido. Durante la década de los 70, la nómina mensual de la policía pública por agente de policía aumentó un 87,7 por ciento durante el período de diez años, mientras que la nómina de la policía privada por empleado sólo aumentó un 68,1 por ciento. Por lo tanto, como indica la relación entre la nómina de la policía pública por agente y la nómina de la policía privada por empleado en el cuadro 10.2, los precios relativos de los dos servicios han cambiado. La policía pública costaba 2,5 veces más que la privada en 1970, pero esta relación había aumentado a 2,79 en 1979. Otras condiciones (por ejemplo, los ingresos) podrían llevar a un aumento de las compras tanto de la policía pública como de la privada aunque los precios estén subiendo (y, de hecho, explican en parte por qué los precios están subiendo), pero dados los cambios en los precios relativos, los consumidores deberían sustituir a la policía privada (y otros servicios y equipos de seguridad privada) por la pública en la medida en que puedan. Como concluye Clotfelter "La sustitución puede ser una de las explicaciones del reciente crecimiento de los medios de protección privados en Estados Unidos".⁷⁹

Existen oportunidades legales de sustitución, como la vigilancia, la guardia y cierto mantenimiento del orden; y Clotfelter encontró pruebas de que las demandas de protección pública y privada de las comunidades son bastante sensibles a las tasas salariales relativas. La estimación puntual de Clotfelter para la elasticidad de sustitución fue de 2,47, lo que implica que el gasto en protección del sector privado debería aumentar más que el de la policía pública, dados los precios relativos del cuadro 10.2. Pero las implicaciones van más allá de la policía pública frente a la privada. Durante 1967-1973, el salario medio de la policía pública aumentó un 56%, mientras que el salario medio de los empleados de las agencias de protección y detectives privados aumentó un 34%. Sin embargo, el precio medio de las cerraduras de las puertas y otros equipos de cierre aumentó entre un

Cuadro 10.2 SALARIOS MEDIOS MENSUALES PARA LA POLICÍA PÚBLICA Y LOS EMPLEADOS EN AGENCIAS DE DETECTIVES PRIVADOS O EN SERVICIOS DE SEGURIDAD, 1970-1979*.

Año	Policia Pública	Policia Privada	Ratio entre la nómina de la policía Pública y la Policía Privada
1970	793	317	2,50
1971	842	331	2,54
1972	915	353	2,59
1973	993	363	2,74
1974	1.062	384	2,77
1975	1.134	422	2,69
1976	1.230	456	2,70
1977	1.312	458	2,86
1978	1.385	492	2,82
1979	1.489	533	2,79
% de variación 1970-79	87,7%	68,1%	11,6%

Fuente: Departamento de Justicia de los EE.UU. Uniform Crime Reports. Federal Bureau of Investigation, varios años.

*Los valores del índice agregado de criminalidad para 1950 y 1955 no están disponibles.

**El índice agregado de Crímenes con violencia no está disponible por los años 1950, 1955, 1960 y 1965

15 y un 35 por ciento y el precio de las armas pequeñas sólo subió un 23 por ciento. Muchas opciones de protección del sector privado parecen ser cada vez más atractivas en relación con la policía pública.⁸⁰

Conclusiones

¿Pueden los ciudadanos sustituir realmente la protección privada por una policía pública cada vez más cara, dado que la política de los grupos de interés determina los presupuestos de la policía pública y los ciudadanos no tienen más remedio que pagar los impuestos resultantes? Esta cuestión se aborda con más detalle en el capítulo 13, pero por ahora reconozcamos que si los votantes se desilusionan lo suficiente con la policía pública o se hacen más conscientes de las ventajas relativas de la protección privada, pueden negarse a pagar esos impuestos. Sherman ha observado que, a medida que ha aumentado el descontento con la policía pública, cada vez más cara, los votantes han recurrido a fuentes privadas de vigilancia (grupos de voluntarios y policía privada).⁸¹ Lo mismo ocurre con otros servicios y equipos privados de control de la delincuencia. De hecho, tres ciudades han rechazado recientemente los impuestos designados explícitamente para pagar una policía adicional.⁸² Así pues, una explicación obvia de la rápida privatización que estamos observando es la insuficiencia de los servicios públicos. Es evidente que esto explica en gran medida el fenómeno.⁸³

NOTAS

1. Carl Person, "Justice, Inc.", *Juris Doctor* 8 (marzo de 1978), p. 32.
2. *Ibid.*
3. Véase, por ejemplo, John R. Lott, Jr., "Should the Wealthy Be Able to 'Buy Justice'?" *Journal of Political Economy* 95 (diciembre de 1987): 1307-1316.
4. Puede haber un problema de equidad, por supuesto. Los pobres pueden quedar excluidos mientras que los ricos disponen de los mejores servicios de seguridad (privados). Esta cuestión se examina en el capítulo 14.
5. James S. Kakalik y Sorrel Wildhorn, *The Private Police Industry: Its Nature and Extent* (Santa Monica, Calif.: The Rand Corporation, 1971), pp. 112-113.
6. Citado en Tai Schneider Denenberg y R. V. Denenberg, *Dispute Resolution: Settling Conflicts Without Legal Action*, Public Affairs Pamphlet No. 597 (Nueva York: Public Affairs Committee, Inc., 1981), p. 11.
7. Robert W. Poole, Jr., "¿Puede privatizarse la justicia?" *Fiscal Watchdog* 49 (noviembre de 1980): 2; Richard Koenig, "More Firms Turn to Private Courts to Avoid Expensive Legal Fights", *Wall Street Journal*, 4 de enero de 1984.
8. Gary Pruitt, "California Rent-a-Judge Justice", *Journal of Contemporary Studies* (primavera de 1982), p. 50.
9. William C. Wooldridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man* (New Rochelle, N.Y.: Arlington House, 1970), p. 116.
10. *Ibid.*
11. H. S. Dewhurst, *The Railroad Police*, Springfield, Ill.: Charles C. Thomas, Publishers, 1955), p. 4.
12. Wooldridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man*, p. 117.
13. Timothy Harna, "Bank Robberies and Bank Security Precautions", *Journal of Legal Studies* 11 (enero de 1982), p. 91.
14. G. M. Camp, "Nothing to Lose: A Study of Bank Robbery in America" (tesis doctoral, Universidad de Yale, New Haven, Conn., 1968).
15. Charles T. Clotfelter, "Public Services, Private Substitutes, and the Demand for Protection Against Crime", *American Economic Review* 67 (diciembre de 1977): 874.
16. Kakalik y Wildhorn, *Private Police in the United States*, p. vii.
17. John Sneed, "Order Without Law: ¿Dónde mantendrán los anarquistas al loco?" *Journal of Libertarian Studies* 1 (1977), p. 17.
18. Don Kates, Jr., tablas inéditas, sin fecha.
19. Carol Silver y Don Kates, Jr., "Self-Defense, Handgun Ownership and the Independence of Women in a Violent, Sexist Society", en *Restricting Handguns: The Liberal Skeptics Speak Out*, ed. Don Kates, Jr. (Nueva York: North River Press, 1977), p. 158.
20. Philip Cook, "The Effect of Gun Availability on Robbery and Robbery Murder: A Cross-section Study of 50 Cities", en *Policy Studies Review Annual* (1979): 743-781.
21. Bruce L. Benson, "Guns for Protection and Other Private Sector Responses to the Fear of Rising Crime", en *Firearms and Violence: Issues of Regulation*, Don Kates, Jr. (Cambridge, Mass.: Ballinger Press, 1984), pp. 329-356.
22. Silver y Kates, "Self-Defense", p. 151. Ver también Van den Haag, "Banning Handguns: Helping the Criminal Hurt You", *New Woman* (noviembre-diciembre de 1975): 80.
23. Cook, "The Effect of Gun Availability", p. 755.
24. Gary Kleck y David Bordua, "The Factual Foundation for Certain Key Assumptions of Gun Control", *Law and Policy Quarterly* 5 (primavera de 1983): 271-298.
25. Esto es como debería ser, dado que se desea una asignación eficiente de los recursos, ya que el tiempo de un individuo rico suele tener usos alternativos más valorados que el tiempo de un individuo relativamente pobre. Véase, por ejemplo, Lott, "Should the Wealthy Be Able to 'Buy Justice'?"

26. Departamento de Justicia de California, *Homicide in California*, 1981, p. 74.
27. "Kennesaw's Crime Down 74 Percent", *Gun Week*, 28 de enero de 1983, p. 3.
28. Kleck y Bordua, "The Factual Foundation for Certain Key Assumptions of Gun Control".
29. *Ibid.*
30. "Para atrapar a un ladrón: Antiburglar System Works in Iowa Town", *Wall Street Journal*, 24 de noviembre de 1970.
31. "Operation Ident Seen Helpful in Reducing Burglary Chances", *Crime Control Digest*, 29 de septiembre de 1975, p. 1.
32. "Holding Down Holdings", *Business Week*, 8 de marzo de 1976.
33. Robert K. Yin, Mary E. Vogel, Jan N. Chaiken, y Deborah R. Both, *Citizen Patrol Projects* (Washington, D.C.: National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, Law Enforcement Assistance Administration, Department of Justice, 1977), p. 30.
34. Lawrence W. Sherman, "Patrol Strategies for Police", en *Crime and Public Policy*, ed. James Q. Wilson (San Francisco: Institute of Contemporary Studies, 1983, p. 158), James Q. Wilson (San Francisco: Institute for Contemporary Studies, 1983), p. 158.
35. Theodore J. Gage, "Getting Street-Wise in St. Louis", *Reason* 13 (agosto de 1981): 20.
36. Citado en E. S. Savas, "Municipal Monopolies Versus Competition in Delivering Urban Services", en *Improving the Quality of Urban Management*, ed. Willis D. Hawley y David Willis D. Hawley y David Rogers, *Urban Affairs Annual Review*, vol. 8 (Beverly Hills: Sage Publications, 1974), p. 492.
37. Lyle C. Fitch, "Increasing the Role of the Private Sector in Providing Public Services", en *Improving the Quality of Urban Management*, ed. Willis D. Hawley y David Rogers, *Urban Affairs Annual Review*, vol. 8 (Beverly Hills: Sage Publications, 1974), p. 492. Willis D. Hawley y David Rogers, *Urban Affairs Annual Review*, vol. 8 (Beverly Hills: Sage Publications, 1974), p. 507.
38. Gustave de Molinari, "De la Production de la Sécurité", *Journal des Economistes* (febrero de 1849): 277-290. Este artículo ha sido traducido al inglés y publicado como *The Production of Security*, tr. J. Huston McCulloch (Nueva York: The Center for Libertarian Studies, 1977). Esta cita es de la p. 13 de la traducción.
39. Citado en "Private Court Systems: Discount Decision", *Inc.* (agosto de 1984), p. 34.
40. *Ibidem*, p. 34.
41. Véase, por ejemplo, Poole, "Can Justice Be Privatized?" p. 3.
42. Steven Lazarus, et al., *Resolving Business Disputes: The Potential of Commercial Arbitration* (Nueva York: American Management Association, 1965), pp. 28, 54-55.
43. Woodridge, Uncle Sam, the Monopoly Man, p. 108. Los litigios más complejos implican costes aún mayores. Un caso empresarial complejo, por ejemplo, lleva "por un camino de mociones, contrademandas, descubrimientos, deposiciones y una variedad de maniobras previas al juicio que pueden durar años". Véase James F. Henry, "Minutials: Scaling Down the Cost of Justice", *Across the Board* (octubre de 1984), p. 45.
44. *Ibid.*
45. *Ibidem*, p. 109.
46. David Friedman, *La maquinaria de la libertad: Guía para un capitalismo radical* (Nueva York: Harper and Row, 1973), pp. 179-180.
47. *Ibidem*, pp. 180-181.
48. Nassad F. Ayoub, *The Experts Speak Out: The Police View of Gun Control* (Bellevue, Wash.: Second Amendment Foundation, 1981), p. 7.
49. *Ibid.*, pp. 7-8.
50. Kakalik y Wildhorn, *The Private Police Industry*, p. 117.
51. *Ibidem*, pp. 111, 113, 114, 115-117.
52. Véase Clotfelter, "Public Services", p. 876.
53. Pruitt, "California's Rent-a-Judge Justice", p. 54. Un punto similar se hace en James Granelli, "Got a Spat? Go Rent a Judge," *National Law Journal* (8 de junio de 1981), p. 30.
54. Marshall Cinnard, *Cities With Little Crime: The Case of Switzerland* (Cambridge: Cambridge University Press, 1978).
55. Theodore J. Gage, "Cops, Inc.", *Reason* 14 (marzo de 1982): 26.
56. Cinnard, *Cities With Little Crime*, p. 156. Véase también Elinor Ostrom, William Baugh, Richard Guarasci, Roger Parks y Gordon Whitaker, "Community Organization and the Provision of Police Services", *Administrative and Policy Studies Series 1* (1973): 668; Ostrom y Parks, "Suburban Police Departments: ¿Demasiados y demasiado pequeños?" *Urban Affairs Annual Review 7* (1973); Ostrom y Whitaker, "Does Local Community Control of Police Make a Difference? Some Preliminary Findings," *Midwest Journal of Political Science 17* (1973).
57. Véase, por ejemplo, Murray Rothbard, *For a New Liberty* (Nueva York: Macmillan, 1973); Friedman, *The Machinery of Freedom: Guía para un capitalismo radical*; Sneed, "Order Without Law"; George Smith, "Justice Entrepreneurship in a Free Market", *Journal of Libertarian Studies 3* (invierno de 1979): 405-426; Randy Barnett, "Justice Entrepreneurship in a Free Market: Comentario", *Journal of Libertarian Studies 3* (invierno de 1979): 439-451; Woodridge, Uncle Sam, the Monopoly Man.
58. Gary Becker, "Crime and Punishment: An Economic Analysis", *Journal of Political Economy 78* (marzo/abril de 1968): 526-536.
59. Isaac Ehrlich, "Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation", *Journal of Political Economy 81* (mayo/junio de 1973): 521-565.
60. Jeffrey Sedgwick, *Detering Criminals: Policy Making and the American Political Tradition* (Washington, D.C.: American Enterprise Institute, 1980), pp. 20-21.
61. Véase, por ejemplo, John Allison, "Economic Factors and the Crime Rate", *Land Economics 48* (mayo de 1972): 193-196; Belton Fleisher, "The Effects of Income on Delinquency", *American Economic Review 56* (marzo de 1966): 118-137; Fleisher, *The Economics of Delinquency* (Chicago: Quadrangle, 1966); Llad Phillips, Harold Votey y Donald Maxwell, "Crime, Youth and the Labor Market", *Journal of Political Economy 80* (junio de 1972): 491-501; Danny
- M. Leipziger, "The Economics of Burglary: A Note", en *Readings in Correctional Economics*, ed. The Correctional Economics Center (Washington, D.C.: Correctional Economics Center of the American Bar Association, 1975), pp. 29-34.
62. Jan Palmer, "Economic Analyses of the Deterrent Effect of Punishment: A Review", *Journal of Research in Crime and Delinquency 12* (enero de 1977): 15.
63. *Ibidem*, p. 9.
64. Ver Isaac Ehrlich, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death", *American Economic Review 65* (junio de 1975): 397-417; Ehrlich, "Capital Punishment and Deterrence: Some Further Thoughts and Evidence", *Journal of Political Economy* (agosto de 1977): 741-788; y Ehrlich y Joel C. Gibbons, "On the Measurement of the Deterrent Effect of Capital Punishment and the Theory of Deterrence," *Journal of Legal Studies 6* (enero de 1977): 35-50. Para una perspectiva diferente, véase Peter Passell y John Taylor, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: Another View", *American Economic Review* (junio de 1977): 445-451; David Baldus y James Cole, "A Comparison of the Work of Thorstein Sellin and Isaac Ehrlich on the Deterrent Effect of Capital Punishment", *Yale Law Review 85* (diciembre de 1975): 164-186; William Bowers y Glenn Pierce, "The Illusion of Deterrence in Isaac Ehrlich's Research on Capital Punishment", *Yale Law Review 85* (diciembre de 1975): 187-208; Jon Peck, "The Deterrence Effect of

Capital Punishment: Ehrlich and His Critics", *Yale Law Journal* 85 (enero de 1976): 359-367; Peter Passell, "The Deterrent Effect of the Death Penalty: A Statistical Test", *Stanford Law Review* 28 (noviembre de 1975): 61-80; William Bailey, "Capital Punishment and Lethal Assault Against Police", *Criminology* 19 (febrero de 1982): 608-625; Richard McGahey, "Dr. Ehrlich's Magic Bullet: Econometric Theory, Econometrics, and the Death Penalty", *Crime and Delinquency* 26 (octubre de 1980): 485-502.

65. Ehrlich, "Participation in Illegitimacies", p. 545.

66. *Ibidem*, p. 560. Ehrlich tiene un considerable apoyo empírico para estos resultados. Véase Jack Gibbs, "Crime, Punishment and Deterrence", *Southwest Social Science Quarterly* 48 (marzo de 1968): 515-530; Charles Tittle, "Crime Rates and Legal Sanctions", *Social Science* 16 (primavera de 1969): 409-423; Theodore Chiricos y Gordon Waldo, "Punishment and Crime: An Examination of Some Empirical Evidence", *Social Problems* 18 (otoño de 1970): 200-217; Charles Logan,

"General Deterrent Effects of Imprisonment", *Social Forces* 51 (septiembre de 1972): 64-73; George Antunes y A. Lee Hunt, "The Impact of Certainty and Severity of Punishment on Levels of Crime in American States: An Extended Analysis", *Journal of Criminal Law and Criminology* 64 (diciembre de 1973): 486-493; William Bailey, J. David Martin y Louis Gray, "Crime and Deterrence: A Correlation Analysis", *Journal of Research in Crime and Delinquency* 11 (julio de 1974): 124-143; Robert Chauncey, "Deterrence: Certainty, Severity, and Skyjacking", *Criminology* 12 (febrero de 1975): 447-473; Samuel Myers, Jr., "Crime in Urban Areas: New Evidence and Results", *Journal of Urban Economics* 11 (marzo de 1982): 148-158; Lad Phillips y Harold Votey, "Crime Control in California", *Journal of Legal Studies* 4 (junio de 1975): 327-350; David Sjoquist, "Property Crime and Economic Behavior: Some Empirical Results", *American Economic Review* 83 (junio de 1973): 439-446; William Chambliss, "The Deterrent Influence of Punishment", *Crime and Delinquency* 12 (enero de 1966): 70-75; Shlomo Shinnar y Reuel Shinnar, "The Effects of the Criminal Justice System on the Control of Crime: A Quantitative Approach", *Law and Society Review* 9 (verano de 1975): 581-611; K. L. Avio y C. S. Clark, "Property Crime in Canada: An Econometric Study (Toronto: Universidad de Toronto, 1976).

67. Para conclusiones similares, véase: Nicholas Elliot, "Economic Analysis of Crime and the Criminal Justice System", en *Public Law and Critical Interpretation of Recent Econometric Literature* (Nueva York: Praeger, 1977), pp. 68-89; M. Silver, "Punishment, Deterrence, and Police Effectiveness: A Survey and Critical Interpretation of Recent Econometric Literature" (Nueva York: Crime Deterrence and Offender Career Project, 1974).

68. Elliot, "Economic Analysis of Crime and the Criminal Justice System", pp. 82, 85.

69. John Taylor, "Econometric Models of Criminal Behavior: A Review", en *Economic Models of Criminal Behavior*, ed. J. M. Heineke (Amsterdam: North Holland, 1978), p. 81.

70. David Jones, *Crime Without Punishment* (Lexington, Mass.: Lexington Books, 1979), pp. 73-75, 83.

71. *Ibidem*, pp. 2-3.

72. National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals, *Report on Police* (Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1973), p. 206. Véase también Fred Graham, *The Self-Inflicted Wound* (Nueva York: Macmillan, 1970); Richard Seeburger y R. Stanley Wettick, Jr., "Miranda in Pittsburgh-A Statistical Study", *University of Pittsburgh Law Review* 29 (1967): 2-12.

73. Estos cambios no cuantificables generalmente no pueden ser examinados estadísticamente, por lo que la investigación empírica señalada anteriormente claramente no ha podido controlar todos los cambios.

74. Gordon Tullock, "Does Punishment Determine Crime?" *The Public Interest* 36 (verano de 1974): 108.

75. Ehrlich, "The Deterrent Effect of Capital Punishment", pp. 416-417.

76. Goran Skogh y Charles Stewart, "An Economic Analysis of Crime Rates, Punishment, and the Social Consequences of Crime", *Public Choice* 38 (1982): 178.

77. Kakalik y Wildhorn, *The Private Police Industry: Its Nature and Extent*, pp. 7-8.

78. Truett A. Ricks, Bill G. Tillett y Clifford W. Van Meter, *Principles of Security* (Cincinnati: Criminal Justice Studies, Anderson Publishing Co., 1981), p. 12.

79. Clotfelter, "Public Services", p. 876.

80. *Ibidem*, p. 875.

81. Lawrence W. Sherman, "Patrol Strategies for Police", en *Crime and Public Policy*, ed. James

Q. Wilson (San Francisco: Institute for Contemporary Studies, 1983), p. 149.

82. *Ibid.*

83. William C. Woodridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man* (New Rochelle, N.Y.: Arlington House, 1970), p. 112.

CUARTA PARTE

RACIONALIZAR LA LEY
AUTORITARIA

CAPÍTULO 10

LOS FALLOS DEL MERCADO EN MATERIA DE LEY Y JUSTICIA

La mayoría de los argumentos en defensa de la provisión pública de ley y orden se basan en los «fallos del mercado»; esto es, que el sector privado no será eficiente. La hipótesis implícita en estos argumentos es que cuando falla el mercado, el Estado puede hacerlo mejor. Pero, aun en el caso de que los argumentos sean correctos, no se sigue necesariamente que la producción estatal de la ley y el orden esté justificada. Como explica Tullock: «En cada caso, el problema al que nos enfrentamos al decidir si determinada actividad debe realizarla el mercado o el Estado, es ... la maximización del beneficio [neto]. Es evidente que ningún método es perfecto, y también lo es que estamos eligiendo entre dos técnicas que producirán menos que si viviésemos en un mundo perfecto.»¹ Los hechos aducidos hasta ahora sugieren que las imperfecciones del mercado pueden no ser tan severas como han indicado muchos de los defensores de que el Derecho y la aplicación de la Ley sean competencia del sector público. Vamos ahora a incorporar los hechos significativos, presentes y pasados, para tratar cada uno de los argumentos a favor de la provisión pública (en vez de la privada) de la ley y el orden. Muchos de estos argumentos carecen simplemente de fundamento, en tanto que otros pueden tener alguna validez en el ámbito de nuestro moderno Derecho.

Existen dos tipos básicos de fallos del mercado: 1) las externalidades positivas y negativas (incluida, las externalidades de los bienes públicos), por lo que el sector privado es, presuntamente, incapaz de internalizar ya sea parte de los costes, o alguno de los beneficios que acompañan a la producción o el consumo de un bien o servicio determinado; y 2) el poder monopolístico, según el cual las fuerzas de la competencia no bastan para garantizar una producción eficiente. Ambas fallas del mercado aparecen como el resultado probable de no confiar al Estado el Derecho y el mantenimiento del orden. El primer tipo de fallo trata en este capítulo, y el segundo es examinado en el capítulo XI.

Externalidades y bienes públicos

El argumento de la externalidad para la provisión pública de la ley y el orden podría caracterizarse de esta manera. La producción del sector privado de la ley y el orden genera beneficios externos por los que los proveedores privados no pueden cobrar. Supongamos que unos pocos individuos contratan a una empresa de seguridad privada para que patrulle su barrio. La patrulla disuade a los delincuentes, tanto a los que pagan a la empresa como a los que no lo hacen. Por lo tanto, hay fuertes incentivos de parasitismo en este caso. Si todos pagaran por los beneficios recibidos, la empresa patrullaría más a menudo y evitaría más delitos; pero como los individuos pueden obtener beneficios sin pagar, tienen fuertes incentivos para no entrar en el grupo de vecinos que contrató a la empresa. Incluso muchos firmes defensores del mercado libre han aceptado la validez de este argumento.²

Si existe un problema significativo de parasitismo, significa que se adquiere y produce muy poca protección del sector privado. El problema surge porque no se puede persuadir a los individuos para que cooperen en la compra del bien o servicio en cuestión, no porque el sector privado no lo produciría si los productores fueran totalmente compensados por los beneficios que proporcionan. Cuando prevalece el parasitismo, hay que coaccionar a la gente para que pague por un servicio, y el gobierno es la única entidad a la que se le reconoce ampliamente el poder de coacción. El profesor Richard Epstein concluyó:

En esencia, todo el sistema de gobierno presupone que en un estado de naturaleza hay dos, y sólo dos, fallos del sistema de derechos privados. El primero es la incapacidad de controlar la agresión privada, a la que el poder policial es la respuesta adecuada. El segundo es que las transacciones voluntarias no pueden generar el poder centralizado necesario para combatir la agresión privada. Hay costes de transacción, problemas de holdout y free-rider que son casi insuperables cuando hay que organizar la conducta de un gran número de individuos. A este problema, la respuesta adecuada es el poder de forzar los intercambios previo pago por el uso público.³

Este argumento se ha utilizado en mayor o menor medida para justificar la tendencia histórica de aumentar la producción gubernamental de dichos servicios para complementar o sustituir los esfuerzos de protección del sector privado.

Se ha hecho un razonamiento similar para justificar la provisión pública de tribunales.⁴ Tal vez el beneficio externo de las decisiones judiciales que más se alega es el conjunto de leyes o precedentes que generan las decisiones judiciales. Mabry, et al., por ejemplo, escribieron que "la creación continua de una colección de decisiones, interpretaciones, opiniones y precedentes es la producción de un servicio de consumo colectivo.... Dado que están disponibles para otros sin coste adicional, los precedentes son externalidades. De hecho, todo el conjunto de leyes conocido como derecho común se ha desarrollado como un beneficio externo de la adjudicación pasada".⁵ Aunque los individuos estarían dispuestos a pagar por los beneficios privados que obtuvieran de un tribunal privado (por ejemplo, la resolución de conflictos, la restitución), serían los únicos beneficios considerados. El hecho de no reconocer y captar el pago por los beneficios adicionales que obtiene la comunidad en general implica que los proveedores de un mercado privado no estarían dispuestos a prestar suficientes servicios judiciales para maximizar los beneficios netos de la adjudicación.⁶

Incluso los partidarios más acérrimos de la economía de mercado exponen un argumento de externalidad similar, pero quizá aún más fundamental. F. A. Hayek, por ejemplo, argumentó que "el gobierno se vuelve indispensable... para ver que el mecanismo que regula la producción de... bienes y servicios se mantenga en funcionamiento... proporciona una condición esencial para la preservación del... orden general".⁷ Los derechos de propiedad claramente definidos son requisitos fundamentales para el funcionamiento de un sistema de mercado, por lo que se necesita algún sistema para definir y luego proteger y hacer cumplir los derechos de propiedad antes de que pueda desarrollarse una economía de mercado. El cumplimiento de los derechos de propiedad, se sugiere, requiere coerción, y sólo el gobierno se considera ampliamente que tiene poderes coercitivos. Por lo tanto, el establecimiento de leyes y de un mecanismo para su aplicación tiene el efecto externo beneficioso de permitir que la economía de mercado se desarrolle y funcione. Dado que ningún particular que pudiera beneficiarse de las leyes y su aplicación podría cobrar por todos los beneficios generados, sin el gobierno se desarrollarían muy pocas leyes y muy poca aplicación. Además, los individuos no concederían libremente a otros individuos el poder de coacción.

Podría afirmarse que la existencia de beneficios externos no excluyentes hace que las leyes y la aplicación de la ley sean "bienes públicos". Y lo son, dada la delimitación de Samuelson del dominio de los bienes públicos: "Un bien público es aquel que entra en la utilidad de dos o más personas". ¿Qué es lo que nos queda? Un polo del borde de la navaja del caso del bien privado, y todo el resto del mundo en el dominio del bien público en virtud de implicar alguna externalidad de consumo".⁸ Sin embargo, como señaló Goldin, la teoría de los bienes públicos "es una teoría peligrosa y engañosa si sugiere a los incautos que los servicios del gobierno deben manejarse como si fueran bienes públicos".⁹ La provisión eficiente de bienes que generan beneficios externos requiere cooperación, pero la cooperación no siempre requiere al gobierno.

Siempre que existen beneficios externos, hay enormes incentivos para internalizarlos. En consecuencia, la cooperación voluntaria se produce a diario en el sector privado. Cada transacción de mercado implica la cooperación entre el comprador y el vendedor, cada bien o servicio producido requiere la cooperación voluntaria de los proveedores de insumos, y cada contrato es un acuerdo formal para cooperar. Una distinción importante entre el gobierno y el sector privado es el medio utilizado para inducir la cooperación.

Policía

Consideremos la etapa de la ley y el orden en el ámbito policial. En primer lugar, observemos que algunos aspectos de la función policial no generan claramente grandes beneficios externos. La investigación de delitos ya cometidos, las detenciones y la presentación de pruebas implican delitos específicos con víctimas específicas, por lo que suele haber un beneficiario principal identificable de estas actividades policiales. Existen economías de escala y beneficios derivados de la especialización, por lo que las funciones de aplicación de la ley han sido realizadas por unidades familiares o aldeas en las sociedades primitivas; por asociaciones voluntarias en virtud de acuerdos de garantía; por organizaciones temporales de individuos con preocupaciones comunes, como las organizaciones de vigilantes en el Oeste americano y las ferias de comerciantes medievales; por acuerdos más permanentes, como las asociaciones de ganaderos y las organizaciones de comerciantes; y por individuos y empresas especializados en la resolución de delitos.¹⁰ A mediados del siglo XIX, la policía pública comenzó a expandir y ampliar sus funciones de investigación y persecución en Estados Unidos, principalmente por razones políticas. La policía resultaba útil para los políticos y los grupos de interés más poderosos y, por supuesto, los burócratas policiales buscaban ampliar sus presupuestos y su poder.¹¹

Puede haber un efecto disuasorio derivado de la detención y persecución con éxito de los delincuentes, pero no es probable que esta disuasión sea un beneficio externo. Debe ser interna al grupo u organización que resuelve con éxito los delitos. Los miembros de una organización privada de fianzas especialmente eficaz o los suscriptores de los servicios de una agencia de seguridad particularmente eficiente serían los principales beneficiarios de los efectos disuasorios. Como señaló Friedman:

Si los "ejecutores" contratan de antemano la persecución de quienes perpetran delitos contra determinadas personas, y así lo notifican a los delincuentes (mediante un aviso en la puerta de sus clientes), el efecto disuasorio de atrapar a los delincuentes se internaliza; los ejecutores pueden cobrar a los clientes por el servicio. Este tipo de acuerdos son utilizados, entre otros, por las empresas de vigilancia privada y la Asociación Americana del Automóvil... En las instituciones islandesas medievales, se sabía de antemano quién era protegido por quién.¹²

Otros sistemas jurídicos primitivos y medievales se caracterizaban por acuerdos similares, pero estos grupos de garantía ya no existen. ¿Qué impide que el sector privado se organice e internalice las economías de escala como antes?

¿Gratis o subinversión común? El gobierno ha creado efectivamente un tipo diferente de problema de externalidad al alterar significativamente la estructura de los derechos de propiedad. Si los derechos de propiedad están claramente definidos y asignados a los particulares, no es necesario que se produzcan externalidades.¹³ Eso es precisamente lo que hacía el derecho consuetudinario antes de que los reyes europeos empezaran a concentrar y centralizar el poder.¹⁴ Una consecuencia del desarrollo del gobierno monárquico fue la creación del

derecho penal como forma de generar ingresos y poder para los reyes. La criminalización eliminó el derecho a la restitución, junto con los incentivos para cooperar voluntariamente en la aplicación de la ley. El resultado no es una externalidad de bien público, sino un problema de fondo común. Cuando los derechos de propiedad se asignan al "público" en lugar de a los particulares, la gente no sólo tiene incentivos para utilizar en exceso el servicio de fondo común, sino que no tiene incentivos para invertir en insumos que sustituyan a los servicios que consume. La infrainversión es el resultado del parasitismo, por supuesto, pero también se produce en situaciones de fondo común. Los mismos incentivos se aplican también a otras funciones policiales.

Considere la prevención de la delincuencia. En primer lugar, hay que tener en cuenta que los beneficios de muchos esfuerzos de prevención de la delincuencia son internos, ya que los individuos utilizan alarmas antirrobo, cerraduras y otros dispositivos para protegerse a sí mismos y a sus bienes. Sin embargo, la acción preventiva de patrullar y vigilar visiblemente se cita a menudo como fuente de externalidades positivas. Que los beneficios sean localizados es importante. Las tendencias individuales a invertir poco en el patrullaje para prevenir la delincuencia (haciendo hincapié en el hecho de que nos referimos a los delitos definidos como contra la sociedad en general, o el Estado, y no contra los individuos) son claramente de órdenes de magnitud diferentes a las mismas características de, por ejemplo, la defensa nacional. Hay muchas menos personas implicadas, por lo que la probabilidad de un acuerdo contractual del sector privado para el patrullaje es mucho mayor. Esto no significa que se evite la falta de inversión, por supuesto. Hay cientos de grupos de vigilancia y patrullaje vecinal en todo el país, y muchos de ellos adolecen de una cooperación incompleta.

Stigler rebautizó el problema del free-rider como el "problema del jinete barato".¹⁵ Cuando el coste potencial del parasitismo es grande o los beneficios de no hacerlo son significativos, el parasitismo es mucho menos probable. El parasitismo sigue siendo posible, por supuesto, pero podemos esperar que los acuerdos contractuales evolucionen para excluir a los parasitarios de los beneficios de los acuerdos de protección organizados recíprocamente, como ocurrió en la Inglaterra anglosajona. Se desarrollarán barrios residenciales y distritos comerciales en los que los individuos no podrán comprar propiedades sin contratar el apoyo del sistema de prevención de la delincuencia. Estas comunidades ya existen, pero a los promotores les resultaría rentable ofrecer acuerdos similares para una gama mucho más amplia de grupos de ingresos.

Fracaso del gobierno en la vigilancia. Una asignación privada adecuada de los derechos de propiedad (por ejemplo, el reconocimiento de que los delitos son agravios y de que las víctimas deben tener derechos de restitución) eliminaría muchos de los incentivos de la falta de inversión. En ausencia de tales cambios, hay otra pregunta que debería plantearse cuando se argumenta que el sector privado produce servicios policiales de forma ineficiente: ¿Asigna la policía pública los recursos de forma más eficiente que la policía privada? La asignación de recursos por parte de la policía pública dista mucho de ser eficiente. El problema de los bienes comunes es pronunciado en el sistema debido a los incentivos asociados al racionamiento de los servicios policiales sin precio. Como los recursos policiales son limitados y no se cobran tasas por los servicios prestados, existe un exceso de demanda de servicios. En estas circunstancias, no hay garantía de que los servicios se asignen a su mayor y mejor uso. Del mismo modo, los grupos de intereses especiales influyen en la asignación de los recursos de investigación. Como los costes se trasladan a otros, los beneficios que reciben los grupos de interés pueden ser considerablemente inferiores al coste total de producción.

Otro factor importante en la asignación ineficiente de los recursos policiales son los incentivos a los que se enfrenta la policía pública. El aspecto de la labor policial que tiene más

probabilidades de generar beneficios externos, dadas las estructuras de derechos existentes, es el de vigilar y patrullar para prevenir delitos. Pero las recompensas y el prestigio llegan cuando la policía resuelve los delitos después de que se produzcan. Así, la policía pública tiene incentivos para concentrar sus esfuerzos en funciones policiales distintas de las que pueden tener características de "bien público". Incluso si el parasitismo lleva al sector privado a realizar muy pocas patrullas, no está claro que el sector público haga un trabajo más eficiente. Cuando añadimos los otros aspectos de los incentivos burocráticos para producir de forma ineficiente (véanse los capítulos 4 y 6) y las ventajas de los incentivos del sector privado para producir de forma eficiente (véase el capítulo 10), el argumento de los beneficios externos contra la aplicación de la ley por parte del sector privado parece bastante débil.

Tribunales

Un argumento típico de "eficiencia" para los tribunales ha sido expuesto por Landes y Posner:

debido a la dificultad de establecer derechos de propiedad en un precedente, los jueces privados pueden tener pocos incentivos para producir precedentes. Se esforzarán por conseguir un resultado justo entre las partes para preservar una reputación de imparcialidad, pero ¿por qué deberían esforzarse por explicar el resultado de forma que sirva de orientación para futuras partes? Hacerlo conferiría un beneficio externo, no compensado, no sólo a las futuras partes sino también a los jueces competidores. En todo caso, los jueces podrían evitar deliberadamente explicar sus resultados porque la demanda de sus servicios se vería reducida por las normas que, al aclarar el significado de la ley, reducen la incidencia de los litigios.¹⁶

Como comentó Friedman, este argumento "no muestra suficiente ingenio" al prever el sistema de tribunales privados que probablemente surgiría.¹⁷ De hecho, Landes y Posner citaron pruebas que contradicen sus propios argumentos. Por ejemplo, sostuvieron que "un problema es que un sistema de adjudicación voluntaria está fuertemente sesgado contra la creación de reglas precisas de cualquier tipo", pero luego observaron que "las reglas precisas son características familiares de los sistemas legales primitivos".¹⁸ Como se explicó en el capítulo 2, el derecho primitivo era un derecho consuetudinario adjudicado de forma privada. Landes y Posner también criticaron el derecho privado por ser demasiado preciso, prefiriendo lo que percibían como la flexibilidad y el potencial para establecer precedentes del derecho común moderno a la inflexible precisión del derecho primitivo. Tal inflexibilidad, predijeron, probablemente caracterizaría al derecho privado actual. Por supuesto, éste no es el caso. Si una sociedad primitiva se caracterizara por tener muy pocos cambios y muy lentos, entonces los beneficios de la precisión superarían con creces cualquier ventaja de la flexibilidad extrema.¹⁹ Pero cuando la flexibilidad y el crecimiento del derecho son vitales para facilitar el crecimiento y el cambio, entonces el derecho consuetudinario -incluido el derecho primitivo- se ha caracterizado por dicha flexibilidad.²⁰ Testigo de ello es el rápido desarrollo del derecho mercantil de producción privada, por ejemplo. El número de precedentes importantes establecidos en un periodo de tiempo relativamente corto es fenomenal. Los cimientos del derecho mercantil actual fueron establecidos por este sistema de derecho consuetudinario en unos pocos siglos.²¹ Además, después de que los tribunales de derecho consuetudinario absorbieran el Derecho mercantil medieval, éste perdió buena parte de su flexibilidad, se volvió relativamente rígido y su desarrollo se ralentizó.²²

Landes y Posner también explicaron que el arbitraje comercial no sienta precedentes, sino que simplemente aplica las leyes establecidas por el sector público. Ya he mostrado la falacia de esto en el capítulo 9. Sin embargo, lo más significativo es considerar que la Ley Mercantil fue

desarrollada por la comunidad mercantil y las disputas se trataron en los tribunales mercantiles privados hasta que, como informan Landes y Posner:

Gradualmente, las doctrinas desarrolladas por los tribunales mercantiles para tratar los asuntos contractuales y comerciales fueron absorbidas por el derecho común y los tribunales oficiales empezaron a ganar negocio a los tribunales mercantiles. Es posible que el interés financiero de los jueces ingleses, que... fueron pagados en parte con los honorarios de los litigios durante el período, fuera un factor en la absorción del derecho mercantil en el derecho común. En una línea similar, la reforma procesal inglesa del siglo XIX se ha atribuido en parte a la competencia del arbitraje privado.²³

Una explicación más completa reconoce que sólo una parte del coste de los litigios procedía de las tasas de los usuarios cuando se absorbió el derecho mercantil; por lo tanto, una parte de los costes se estaba trasladando de los comerciantes a otros. Para los mercaderes, sin duda, se trataba de un acuerdo atractivo, dado que los tribunales públicos aplicaban la ley tal y como los mercaderes la habían desarrollado. Cuando el derecho consuetudinario o los procedimientos de los tribunales públicos se alejaban demasiado de lo que los comerciantes deseaban y empezaban a generar costes para los comerciantes que superaban los beneficios asociados a los costes, el arbitraje comercial volvía a aparecer (véase el capítulo 9).²⁴ Se deduce que, en estas circunstancias, el arbitraje comercial debería aplicar prácticamente las mismas leyes reconocidas por el sector público, pero la causalidad fluye en realidad en la dirección opuesta. Los tribunales públicos hacen cumplir prácticamente las mismas leyes que los árbitros comerciales. Si no lo hicieran, la burocracia de los tribunales públicos perdería su negocio comercial porque los empresarios utilizarían sus propios tribunales (como es el caso).

Incluso si este argumento no fuera cierto, no se puede negar que tanto el derecho mercantil de producción privada en la época medieval como el moderno derecho mercantil internacional han generado un número considerable de precedentes significativos. Los mercaderes han interiorizado los beneficios de los precedentes y han apoyado conjuntamente su sistema judicial. En un sistema más amplio de derecho consuetudinario surgirían acuerdos similares. De hecho, muchos grupos industriales y comerciales internacionales (e intranacionales) tienen hoy sus propios sistemas de arbitraje. Landes y Posner reconocieron que los beneficios de los precedentes podrían internalizarse si las partes "se ponen de acuerdo sobre el juez (o sobre el método para seleccionarlo) antes de que surja la disputa, como se hace en los contratos con cláusulas de arbitraje".²⁵ No obstante, continuaron argumentando que "esta solución está disponible, sin embargo, sólo cuando la disputa surge de una relación voluntaria preexistente entre las partes; el típico agravio o delito no lo hace".²⁶ En gran medida tienen razón, por supuesto. En virtud de los incentivos e instituciones existentes, este tipo de acuerdos no pueden prever juicios de agravios o delitos. Sin embargo, el sistema actual dista mucho de la norma histórica. La afirmación de que un sistema judicial moderno de libre mercado no produciría acuerdos contractuales para hacer frente a las complejidades de la sociedad moderna no tiene ninguna base en los hechos históricos. Puede que no seamos capaces de visualizar los acuerdos que surgirían, pero hay pocas dudas de que lo que vemos hoy en un sistema dominado por los tribunales públicos y el derecho penal no se corresponde con lo que surgiría en el proceso de privatización de la ley y el orden.

Landes y Posner argumentaron que en un sistema judicial privado es probable que los jueces "eviten deliberadamente explicar sus resultados" para crear demanda de sus servicios, aunque

los jueces privados sólo podrían producir precedentes... los jueces privados competitivos se esforzarían por conseguir una reputación de competencia e imparcialidad. Un método para obtener tal reputación es dar razones para una decisión que convenza a los litigantes y al público de que el juez es competente e imparcial. La competencia podría llevar a los jueces privados a emitir "dictámenes" formales o informales que declaren su interpretación de la ley, y estos dictámenes -aunque pensados simplemente como publicidad- funcionarían como precedentes, bajo un sistema judicial público.²⁷

Landes y Posner sostienen que este es un escenario poco probable porque, en un esfuerzo por reducir los costes, se buscarían otros métodos de publicidad. Sin embargo, al igual que con la función policial, las organizaciones contractuales y los acuerdos de garantía que caracterizarían a un sistema judicial privatizado internalizarían los beneficios de los precedentes. Estas organizaciones tendrían sus propios jueces o contratarían a jueces que aplicasen un conjunto claro de normas y proporcionasen fallos claros que redujesen las futuras disputas. En un acuerdo de este tipo, maximizar los beneficios no implica maximizar el número de casos resueltos. Un juez que proporcionara reglas y dictámenes claros tendría un precio relativamente alto para los contratos con diversas organizaciones. Una vez contratado, el juez tendría incentivos para minimizar el número de litigios que llegan a juicio haciendo que sus reglas sean claras, es decir, sentando precedentes. Bajo este escenario, los jueces privados tienen precisamente los incentivos opuestos a los predichos por Landes y Posner. Los jueces que "tienden a promulgar normas vagas que dan a cada parte de un litigio una oportunidad de luchar"²⁸ en realidad harían menos negocios. La cuestión no es que estos procedimientos de internalización surjan en todos los acuerdos de adjudicación privados, sino que se pueden prever instituciones que produzcan incentivos para redactar opiniones claras y establecer precedentes. Además, es probable que tales instituciones surjan si generan beneficios sustanciales. Así, Fuller sostuvo que los incentivos de los árbitros privados son diametralmente opuestos a los propuestos por Landes y Posner. Propuso: "Al no estar respaldado por el poder estatal... el árbitro debe preocuparse directamente por la aceptabilidad de su laudo. Puede esforzarse más que un juez en aclarar los hechos, en exponer con precisión los argumentos de las partes y, en general, en mostrar en su laudo una plena comprensión del caso."²⁹

En el ámbito de la atención médica, algunos han argumentado que los médicos tienen incentivos para "crear demanda" de sus servicios aconsejando a los consumidores desinformados que necesitan más atención médica de la que realmente necesitan. Esto es bastante similar al argumento de Landes y Posner sobre los jueces privados. Pero en los últimos años se han creado nuevos acuerdos institucionales ante el rápido aumento de los costes de la atención médica. Los consumidores pueden ahora pagar una tarifa plana por los servicios en las HMO y las PPO, invirtiendo los incentivos de los médicos. Los médicos tienen incentivos para mantener a sus pacientes sanos con una medicina preventiva que evite tratamientos más costosos después de que surja una enfermedad. Sin duda, son posibles acuerdos similares en la prestación de servicios judiciales.³⁰

Por supuesto, ninguno de los argumentos anteriores pretende implicar que los beneficios externos del proceso judicial deban ser totalmente internalizados por los sistemas judiciales privados. Sugieren que la mala asignación de recursos en la adjudicación privada puede no ser tremenda. Por otro lado, la mala asignación de recursos por parte de los tribunales públicos ya documentada en este libro es demostrablemente sustancial. Las aportaciones públicas al proceso desempeñan un papel importante a la hora de determinar qué casos llegan a juicio y qué normas se aclaran o se anulan.

Supongamos, por ejemplo, que los jueces privados tienen incentivos para promulgar normas vagas y confusas que crean incertidumbre y, por tanto, maximizan la demanda de sus servicios, pero también consideremos lo que ocurre con los tribunales públicos. El vicepresidente de Control Data, tras un conflicto de construcción arbitrado de forma privada, declaró: "Volveremos a utilizar a estos contratistas y arquitectos. Te garantizo que si hubiéramos acudido a los tribunales, no habría habido más relaciones comerciales con ellos".³¹ Este resultado es relativamente improbable en una disputa resuelta públicamente porque el proceso judicial público está diseñado para ser adverso. "Aísla a los contendientes, los enfrenta a adversarios, los pone en manos de especialistas profesionales [abogados] y resuelve su disputa según normas y procedimientos remotos e inaccesibles".³² Además, la resolución de un tribunal público puede basarse en motivos procesales que no tienen nada que ver con lo esencial del litigio en sí, de modo que las partes siguen siendo adversarias y siguen siendo posibles futuros conflictos en circunstancias similares. En otras palabras, los tribunales públicos son más propensos a crear incertidumbre y litigios adicionales que los tribunales privados. La incertidumbre generada por la miríada de normas procesales confusas del sistema judicial público es innegable.

Elaboración de las leyes

Es posible que Jeremy Bentham haya tenido tanto que ver con la forma en que los juristas piensan en el derecho como cualquier otro. La propiedad y el derecho estatal, escribió, "nacieron y deben morir juntos".³³ Sin la ley estatal, sostenía, no habría propiedad. Pero, ¿tiene el gobierno que asignar derechos de propiedad para establecer la base de una economía de mercado? Rothbard argumentaba que

los principios de una sociedad libre implican una teoría muy definida de los derechos de propiedad, a saber, la autopropiedad y la propiedad de los recursos naturales encontrados y transformados por el propio trabajo. Por lo tanto, no se necesita ningún Estado o agencia similar contraria al mercado para definir o asignar los derechos de propiedad. Esto puede hacerse y se hará mediante el uso de la razón y a través de los propios procesos de mercado; cualquier otra asignación o definición sería completamente arbitraria y contraria a los principios de la sociedad libre.³⁴

Como señaló Fuller, "está claro que la propiedad y el contrato eran... instituciones sociales que funcionaban antes de que existieran o se concibieran las leyes hechas por el Estado".³⁵ Los ejemplos de creación de derechos de propiedad privada van desde el complejo sistema de derechos de agua entre los primitivos ifugao, hasta la asignación de derechos mineros en los territorios occidentales de Estados Unidos durante el siglo XIX, pasando por el desarrollo de un sistema de derecho mercantil en los siglos X y XI.³⁶

Legislación gubernamental frente a derecho consuetudinario evolutivo. Las leyes creadas legislativamente no suelen estar diseñadas para algún objetivo de "interés público" como maximizar el bienestar social apoyando una economía de mercado. Gran parte del common law era simplemente una codificación de las normas básicas comunes a la sociedad anglosajona (es decir, del derecho consuetudinario). Pero el common law también era derecho real; por tanto, incluso durante sus primeros períodos de desarrollo algunos aspectos fueron legislados por los reyes. El carácter básico de gran parte del derecho consuetudinario se remonta a esa legislación real, que estaba destinada a aumentar el poder de la realeza o a incrementar los ingresos del gobierno. Por supuesto, la parte legislada del derecho que ha ido creciendo en importancia relativa en nuestra democracia representativa es una de las características más llamativas de la

historia reciente.³⁷ Pero la legislación en una democracia representativa está generalmente diseñada para satisfacer las demandas de grupos de interés especiales, no para establecer y mantener los derechos de propiedad.

Además, hay que reconocer que el sistema judicial también forma parte del mercado político (véanse los capítulos 4 y 6). Cuando los tribunales elaboran una nueva ley a través de la "interpretación creativa" de la legislación o estableciendo un nuevo precedente, con frecuencia es como consecuencia de una disputa política entre grupos de interés, más que una disputa que surja de la necesidad de aclarar los derechos de propiedad privada. El tiempo de los tribunales está cada vez más ocupado por cuestiones políticas o por disputas que implican los esfuerzos de grupos de interés en conflicto para influir en el gobierno. Como explicó Neely, "hay ciertas clases de casos en la frontera del derecho en los que hay verdaderas disputas, pero son disputas políticas entre grupos de interés en las que el campo de batalla es una demanda. Los esfuerzos para cambiar las leyes existentes pueden caracterizarse como "disputas", pero son disputas políticas más que las disputas de hecho que los tribunales están teóricamente para resolver."³⁸ No hay razón para esperar que los precedentes resultantes sean deseables en el sentido de que produzcan importantes beneficios externos. Es probable que los beneficios recaigan en el grupo de interés implicado, pero otros pueden soportar costes sustanciales.

Las normas dictadas políticamente no están diseñadas para apoyar el proceso de mercado; de hecho, es probable que la ley hecha por el gobierno haga precisamente lo contrario. Como explicó Leoni: "Incluso aquellos economistas que han defendido brillantemente el libre mercado contra la interferencia de las autoridades han descuidado normalmente la consideración paralela de que ningún mercado libre es realmente compatible con un proceso de elaboración de leyes centralizado por las autoridades."³⁹ De hecho, parece que la creciente centralización de la elaboración de leyes ha estado asociada a un aumento de las transferencias de derechos de propiedad de los particulares al gobierno o, quizás, más exactamente, a los grupos de interés.⁴⁰ En otras palabras, la producción pública de leyes socava los acuerdos de propiedad privada que sustentan un sistema de libre mercado.

Además, el proceso continuo y creciente de toma de derechos privados crea una incertidumbre considerable sobre el valor futuro de los derechos privados que aún no han sido tomados.⁴¹ Cuando los propietarios de los recursos tienen una incertidumbre relativa sobre la continuidad de la propiedad de esos recursos, tienden a consumirlos con relativa rapidez. Cuando los productores de recursos (o los que pueden mejorar los recursos para aumentar la producción futura) tienen una incertidumbre relativa sobre su capacidad para conservar el control de esos recursos, producirán menos (o gastarán menos en mejoras). Así, el proceso gubernamental de toma de derechos privados crea externalidades negativas para la sociedad, ya que los recursos se utilizarán en exceso y se producirán menos.

Esto no significa que la ley deba ser rígida. El derecho tiene que crecer ante los cambios tecnológicos y las normas sociales, que es precisamente la característica del derecho común que Landes y Posner, Leoni y otros han considerado deseable.⁴² Atribuyen esta característica al hecho de que el derecho común es un derecho hecho por los jueces. Pero suponiendo que se elimine la interferencia de la legislatura por parte de personas que no son jueces (por ejemplo, reyes, legisladores y burócratas) y la legislación abiertamente autoritaria impuesta a discreción de los jueces, el common law crecería gradualmente. Crecería y se desarrollaría de la misma manera que crece y se desarrolla todo el derecho consuetudinario, especialmente como consecuencia del consentimiento mutuo de las partes que entran en acuerdos recíprocos. Por ejemplo, dos partes pueden celebrar un contrato, pero luego ocurre algo que el contrato no contemplaba claramente. Las partes acuerdan recurrir a un árbitro o mediador para que les ayude a encontrar una solución.

La solución sólo afecta a las partes en litigio, pero si resulta eficaz y vuelve a surgir el mismo conflicto potencial, puede ser adoptada voluntariamente por otras. De este modo, la solución pasa a formar parte del derecho consuetudinario.⁴³ En efecto, los árbitros/mediadores privados no tienen más autoridad que la que les otorgan voluntariamente los particulares.

No es probable que los principios sustantivos básicos que subyacen a la ley cambien, ni deberían hacerlo.⁴⁴ El profesor de Derecho de la Universidad de Chicago, Richard Epstein, sugirió un ejemplo de evolución del derecho contractual:

Los méritos de la libertad contractual no dependen en absoluto de los accidentes de tiempo y lugar. Sin embargo, la aceptación de este principio básico no pondrá fin a todos los conflictos contractuales. Queda por descubrir los términos de determinados contratos, normalmente recogidos del propio lenguaje, y las circunstancias de su formación y ejecución. Incluso con estas ayudas, seguirán existiendo muchas lagunas contractuales, y los tribunales [privados o públicos] se verán obligados, sobre todo en el caso de los contratos parcialmente ejecutados, a elaborar los términos que las partes no han elaborado por sí mismas. Para colmar las lagunas, los tribunales han recurrido a menudo a la costumbre o a la práctica del sector. La práctica judicial tiene sentido y, a nuestros efectos, introduce un elemento de dinamismo en el sistema.... Pero de ello no se deduce en absoluto que una conducta conforme a la costumbre de una generación sea aceptable en la siguiente. Los principios para la implicación de los términos, creo, permanecen constantes a lo largo de las generaciones. Sin embargo, las normas específicas de conducta así implicadas variarán con el tiempo y el lugar. Por lo tanto, en un nivel, la mayor parte de la tesis es segura. En otro nivel, está sujeta a modificaciones sensibles.⁴⁵

Las reglas básicas de la propiedad privada y la libertad de contrato caracterizan todos los sistemas de derecho primitivo. Sin embargo, a medida que estos sistemas evolucionan, siempre surge la necesidad de ampliar estos principios básicos para cubrir circunstancias imprevistas, y el derecho consuetudinario se adapta, partiendo de la base existente de principios sustantivos.

Hayek señaló que la articulación del derecho consuetudinario preexistente a menudo produce cambios en el derecho, pero el proceso debe considerarse como un proceso de descubrimiento del derecho más que de creación del mismo. Sin embargo, a veces se crea algo nuevo: "En este sentido, una norma aún no existente en ningún sentido puede aparecer como "implícita" en el conjunto de las normas existentes, no en el sentido de que sea lógicamente derivable de ellas, sino en el sentido de que para que las demás normas alcancen su objetivo, se requiere una norma adicional."⁴⁶

Las externalidades negativas de la legislación. Cuando la legislación autoritaria introduce cambios importantes en las asignaciones de derechos de propiedad que afectan a muchas partes, se generan externalidades negativas. Leoni lo explicó bien cuando señaló que

la legislación puede tener, y de hecho tiene hoy en día en muchos casos, un efecto negativo sobre la propia eficacia de las normas y sobre la homogeneidad de los sentimientos y convicciones que ya prevalecen en una sociedad determinada. En efecto, la legislación también puede perturbar deliberada o accidentalmente la homogeneidad, destruyendo las normas establecidas y anulando las convenciones y los acuerdos existentes que hasta entonces se habían aceptado y mantenido voluntariamente. Más perturbador aún es el hecho de que la propia posibilidad de anular acuerdos y convenciones mediante la legislación sobrevenida tiende, a la larga, a inducir a la gente a no confiar en ninguna convención existente ni a mantener ningún acuerdo aceptado. Por otra parte, el continuo cambio de normas que provoca la legislación sobrevenida impide que ésta

sustituya con éxito y de forma duradera el conjunto de normas no legislativas (usos, convenios, acuerdos) que se destruyen en el proceso.⁴⁷

Cuando surgen externalidades negativas en el proceso de producción de algún bien o servicio, se está produciendo demasiado del bien o servicio. Este es el caso de la producción gubernamental de leyes a través de la legislación.

Algunos de los padres fundadores de los Estados Unidos reconocieron este posible mal uso de la legislación y su consiguiente incertidumbre. James Madison escribió: "El pueblo sobrio de América está cansado de la política fluctuante que ha dirigido los consejos públicos. Han visto con pesar e indignación que los cambios repentinos y las inferencias legislativas ... se convierten en ... trampas para la parte más laboriosa y menos informada de la comunidad. Han visto, también, que una inferencia legislativa no es más que el primer eslabón de una larga cadena de repeticiones."⁴⁸ La división de poderes dictada en la Constitución entre las tres ramas del gobierno federal y entre el gobierno federal y el estatal fue claramente un esfuerzo por limitar la capacidad y la autoridad del gobierno para legislar. Un jurista ha llegado a sugerir que "cuanto mejor sea la sociedad, menos ley habrá. En el Cielo no habrá ley... en el Infierno no habrá más que ley, y el debido proceso será meticulosamente observado".⁴⁹ La "ley" se refiere aquí a la ley impuesta por el gobierno, por supuesto, más que al derecho consuetudinario. Pero Auerbach observó que tanto las leyes gubernamentales como los abogados han proliferado tan rápidamente en Estados Unidos que nuestra sociedad está agobiada por "la contaminación legal, de modo que los ciudadanos estadounidenses en general sufren el mal de la hiperlexis."⁵⁰ Está claro que la Constitución no ha conseguido lo que Madison esperaba.

El poder coercitivo en manos de los jueces también produce externalidades legislativas. Leoni, a pesar de su firme apoyo al derecho creado por los tribunales en contraposición a la legislación, señaló que el derecho judicial puede adquirir las características de la legislación, incluidas todas sus características indeseables, siempre que los jueces tengan la facultad de decidir "en última instancia" sobre un caso.⁵¹ En particular, cuando se establecen "tribunales supremos", los miembros de estos tribunales pueden imponer la ley a todos los ciudadanos afectados. Así, según Leoni, el establecimiento de un tribunal supremo introduce de hecho el proceso legislativo en el poder judicial.

Cualquier tribunal gubernamental es, en cierto sentido, "supremo" si sus resoluciones están respaldadas por el poder coercitivo. Por lo tanto, la tendencia a la "contaminación legal" surge tanto si la legislación proviene de una legislatura como de un tribunal público. Además, dado el mecanismo de asignación del tiempo de los tribunales, parece que muchos de los asuntos que deberían recibir la atención de los tribunales nunca llegan a pasar por el sistema. Por lo tanto, no sólo hay demasiadas leyes legisladas por los tribunales, sino que no son necesariamente las leyes que los tribunales deberían hacer. Como informó Neely: "La masa de precedentes en la ley es tan enorme que nada está abierto y cerrado una vez que llega a los tribunales".⁵² El cambio legislativo rápido provoca una enorme incertidumbre, tanto si la legislación procede de un rey, de un juez o de un órgano representativo. En este sentido, es especialmente relevante señalar con Epstein que en materia de propiedad, contratos y derecho de daños, el derecho cumple mejor su función esencial sólo si permanece constante: "El dinamismo social no es una característica indeseable. Al contrario, es totalmente deseable, pero no es la mejor manera de aplicarlo mediante la decisión judicial. Las iniciativas deseadas provienen mejor de fuentes privadas, a las que hay que evitar la carga de planificar sus asuntos en un entorno lleno de incertidumbres jurídicas no deseadas."⁵³

Otra externalidad negativa surge con la legislación. Fuller señaló el problema cuando indicó que gran parte de la legislación no facilita la interacción. Como ejemplo, citó los estatutos de derecho penal que suelen caracterizarse como delitos sin víctimas. De hecho, dado que los partici-

-pantes están en su sano juicio y que no hay engaño de por medio, las leyes contra el juego, la prostitución, el consumo de marihuana, etc., pretenden evitar formas de interacción. Y como subrayó Fuller, es precisamente con este tipo de leyes con las que "se han producido en todas partes los fallos más graves de la ley".⁵⁴ Tales leyes conducen a una aplicación selectiva, a la corrupción y a la tolerancia abierta de los actos ilegales. Es evidente que se crea una externalidad negativa, ya que el respeto y la fidelidad a toda la ley se ven perjudicados cuando se desafía abiertamente un gran número de estas leyes, en gran medida inaplicables. Como concluyó Fuller "La moral jurídica se ve gravemente afectada. No hay forma de poner en cuarentena este contagio para que no se extienda a otras partes del sistema legal".⁵⁵

Una vez más, estas externalidades negativas implican que el gobierno produce demasiada ley. Por lo tanto, incluso si el sector privado produjera demasiado poco derecho, como implica el argumento de la externalidad del bien público para la provisión gubernamental de derecho, no se deduce que el sector público haga un mejor trabajo. Es probable que ninguno de los dos sistemas sea perfecto. La pregunta es: ¿cuál crea las imperfecciones más significativas? Este debate implica que los defensores de la ley gubernamental han exagerado sustancialmente los fallos del sector privado, mientras que se han pasado por alto importantes argumentos sobre los fallos del gobierno.

NOTAS

1. Gordon Tullock, *Private Wants, Public Means: An Economic Analysis of the Desirable Scope of Government* (Nueva York: Basic Books, 1970), pp. 127-128. Véase también Randy E. Barnett, "Pursuing Justice in a Free Society, Part Two: Crime Prevention and the Legal Order", *Criminal Justice Ethics* 4 (verano/otoño de 1985): 50-72.

2. Véase, por ejemplo, Tullock, *Private Wants*, pp. 83-84.

3. Richard A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985), p. 5.

4. Véase Burton Weisbrod, "Collective-Consumption Services of Individual Consumption Goods", *Quarterly Journal of Economics* 78 (agosto de 1964): 471-477; Rodney H. Mabry, Holly H. Ulbrich, Hugh H. Macauley, Jr. y Michael T. Maloney, *An Economic Investigation of State and Local Judiciary Services* (Washington, D.C.: National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, Law Enforcement Assistance Administration, Department of Justice, 1977),

p. 81.

5. Mabry, et al., *An Economic Investigation of State and Local Judiciary Services*, p. 80.

6. William M. Landes y Richard A. Posner, "Adjudication as a Private Good", *Journal of Legal Studies* 8 (marzo de 1979): 235-284; James N. Buchanan, *The Bases for Collective Action* (Nueva York: General Learning Press, 1971), p. 2.

7. F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1 (Chicago: University of Chicago Press, 1973), pp. 47-48. Ver también James Buchanan, "Before Public Choice", en *Explorations in the Theory of Anarchy*, ed. Gordon Tullock (Blacksburg, Va.: Center of the Study of Public Choice, 1972); *Freedom in Constitutional Contract* (College Station, Tx.: Texas A & M University Press, 1972).

8. Paul A. Samuelson, "Pure Theory of Public Expenditures and Taxation", en *Public Economics: An Analysis of Public Production and Consumption and Their Relations to the Private Sectors: Proceedings of a Conference Held by the International Economics Association*, ed. J. Margolis y H. Guitton (Londres: Macmillan, 1969).

9. Kenneth D. Goldin, "Equal Access vs. Selective Access: A Critique of Public Goods Theory", *Public Choice* 79 (primavera de 1977): 53.

10. Véase, por ejemplo, Bruce L. Benson, "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies: Law Without Government", *Journal of Libertarian Studies* 9 (invierno de 1989); Leopold Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory* (Nueva York: Harper and Row, 1971); E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1954); Walter Goldsmit, "Ethics and the Structure of Society: An Ethnological Contribution to the Sociology of Knowledge", *American Anthropologist* 53 (octubre/diciembre de 1951); R. F. Barton, "Procedure Among the Ifugao", en *Law and Warfare*, ed. Paul Bohannon (Garden City, 1951), Paul Bohannon (Garden City, N.Y.: The Natural History Press, 1967); David Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case", *Journal of Legal Studies* 8 (marzo de 1979); y Joseph R. Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law", *Journal of Libertarian Studies* 1 (1977): 81-95; Terry Anderson y P. J. Hill, "An American Experiment in Anarcho-Capitalism: The Not So Wild, Wild West", *Journal of Libertarian Studies* 3 (1979): 9-29; John R. Umbeck, "A Theory of Property Rights With Application to the California Gold Rush (Ames: Iowa State University, 1981); Roger D. McGrath, *Gunfighters, Highwaymen and Vigilantes: Violence on the Frontier* (Berkeley: University of California Press, 1984); Bruce L. Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", *Southern Economic Journal* 55 (enero de 1989) 644-661; Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983); Leon E. Trakman, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law* (Littleton, Colo.: Fred B. Rothman and Co., 1983); W. Mitchell, *Essay on the Early History of the Law Merchant* (Nueva York: Burt Franklin, 1904); Truett A. Ricks, Bill G. Tillett y Clifford W. Van Meter, *Principles of Security* (Cincinnati: Criminal Justice Studies, Anderson Publishing Company, 1981), p. 8; Bruce L. Benson, "The Evolution of Law: Custom Versus Authority" (manuscrito, Florida State University, Tallahassee, Fl., 1990); Frank Morn, *The Eye that Never Sleeps* (Bloomington: Indiana University Press, 1982), p. 14.

11. Ricks, et al., *Principles of Security*, p. 8; Morn, *The Eye that Never Sleeps*, p. 12.

12. Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law", p. 403.

13. Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics* 1 (octubre de 1961): 1-44.

14. Benson, "La evolución del derecho".

15. George J. Stigler, "Free Riders and Collective Action: An Appendix to Theories of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science* 5 (otoño de 1974): 359-365.

16. Landes y Posner, "Adjudication as a Private Good", p. 238. Véase también Mabry, et al., *Economic Investigation of Judiciary Services*, p. 82.

17. Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law", p. 402.
18. Landes y Posner, "Adjudication as a Private Good", pp. 239, 245.
19. Pero véase Bruce L. Benson, "Legal Evolution in Primitive Societies", *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 144 (diciembre de 1989): 772-788.
20. Véase Popisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*.
21. Berman, *Law and Revolution*, p. 530. Véase también Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law".
22. Trakman, *The Law Merchant*, pp. 25-26.
23. Landes y Posner, "Adjudication as a Private Good", pp. 257-258.
24. Ver también Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law".
25. Landes y Posner, "Adjudication as a Private Good", p. 237.
26. *Ibid.*
27. *Ibidem*, p. 238.
28. *Ibidem*, p. 240.
29. Lon L. Fuller, *The Principles of Social Order* (Durham, N.C.: Duke University Press, 1981), pp. 110-111.
30. En un argumento relacionado, Mabry, et al. señalaron que las necesidades de los ciudadanos de servicios judiciales son inciertas e infrecuentes, y que el coste de ampliar la producción es elevado. Dadas estas características, "el público en general tendrá una demanda efectiva de la producción actual (independientemente de que llegue a consumir el bien) porque desea la opción de consumo en futuro". Esto, concluyeron, es una razón para la provisión pública de servicios judiciales y policiales. Pero declararon explícitamente que la conclusión requería la suposición "de que un sistema de derecho requiere un sistema judicial, [y] en su ausencia prevalecería la anarquía". Sin embargo, en ausencia de gobierno sí que existe una estructura jurídica, por lo que la suposición de que sólo el gobierno puede satisfacer esta demanda de opción concreta no se sostiene. Véase *An Economic Investigation of State and Local Judiciary Services*, pp. 81-82.
31. James F. Henry, "Minutials: Scaling Down the Costs of Justice to Business", *Across the Board* (octubre de 1984), p. 47.
32. Jerold S. Auerbach, *Justice Without Law* (Nueva York: Oxford University Press, 1983), p. 12. 33. Véase también Gordon Tullock, *The Logic of the Law* (Nueva York: Basic Books, Inc., 1971); Tullock, *Trials on Trial*; John H. Langbein, "The Criminal Trial Before Lawyers", *University of Chicago Law Review* 45 (invierno de 1978): 307-316.
33. Jeremy Bentham, *Works*, ed. John Bowring, vol. 1 (Edimburgo: W. Tait, 1838), p. 309.
34. Murray N. Rothbard, *Power and Market: Government and the Economy* (Kansas City: Sheed Andrews and McMeel, Inc., 1970), p. 3.
35. Fuller, *The Principles of Social Order*, p. 174.
36. Véase Benson, "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies"; Bruce L. Benson, "The Lost Victim and Other Failures of the Public Law Experiment", *Harvard Journal of Law and Public Policy* 9 (primavera de 1986): 399-427; Hoebel, *The Law of Primitive Man*; Barton, "Procedure Among the Ifugao"; Anderson y Hill, "An American Experiment in Anarcho-Capitalism"; Umbeck, *A Theory of Property Rights With Application to the California Gold Rush*; Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law"; Berman, *Law and Revolution*; Trakman, *The Law Merchant*.
37. Bruno Leoni, *Freedom and the Law* (Los Ángeles: Nash Publishing, 1961), p. 4. Véase también Auerbach, *Justice Without Law*; Berman, *Law and Revolution*.
38. Neely, *Why Courts Don't Work*, pp. 166-167.
39. Leoni, *Freedom and the Law*, p. 90.
40. Ver Terry Anderson y Peter J. Hill, *The Birth of the Transfer Society* (Stanford, Calif.: Hoover Institute Press, 1970); Tullock, *Private Wants, Public Means*; Bruce L. Benson, "Land Use Regulation: A Supply and Demand Analysis of Changing Property Rights", *Journal of Libertarian Studies* 5 (otoño de 1981); Berman, *Law and Revolution*.
41. Benson, "Land Use Regulation"; Leoni, *Freedom and the Law*; Hayek, *Law, Legislation and Liberty*.
42. Además, véase Paul H. Rubin, "Why Is the Common Law Efficient?" *Journal of Legal Studies* 6 (enero de 1977): 51-64; Rubin, *Business Firms and the Common Law: The Evolution of Efficient Rules* (Nueva York: Praeger Publishers, 1983); Rubin, "Predictability and the Economic Approach to Law: A Comment on Rizzo", *Journal of Legal Studies* 9 (marzo de 1980): 319-334; Rubin, "Common Law and Statute Law", *Journal of Legal Studies* 11 (junio de 1982): 203-224; George L. Priest, "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules", *Journal of Legal Studies* 50 (enero de 1977): 65-82; y Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, pp. 94-103.
43. Benson, "La evolución jurídica en las sociedades primitivas".
44. Richard A. Epstein, "The Static Concept of the Common Law", *Journal of Legal Studies* 9 (marzo de 1980): 254. Para otros argumentos contra el derecho hecho por el juez, véase Tullock, *Trials on Trial*; Tullock, *The Logic of the Law*.
45. Epstein, "The Static Concept of the Common Law", p. 266.
46. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, p. 78.
47. Leoni, *Freedom and the Law*, p. 17.
48. James Madison, "The Federalist No. 44", en Alexander Hamilton, John Jay y James Madison, *The Federalist: A Commentary on the Constitution of the United States* (Nueva York: The Modern Library, 1937), pp. 289-298.
49. Grant Gilmore, *The Age of American Law* (New Haven: Yale University Press, 1950), p. iii.
50. Auerbach, *Justice Without Law?* p. 9.
51. Leoni, *Freedom and the Law*, pp. 23-24.
52. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 110.
53. Epstein, "The Static Concept of the Common Law", p. 254.
54. Fuller, *The Principles of Social Order*, pp. 232-233.
55. Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press, 1964), p. 153.

CAPÍTULO 11

EL MONOPOLIO LEGAL DE LA COACCIÓN

Para justificar la provisión pública de policía, tribunales y legislación suelen presentarse dos argumentos contradictorios que aluden a problemas de monopolio. El primero se basa en afirmar que una sola empresa privada acabaría por monopolizar el mercado de la justicia y el orden, lo que significa que tendría poder para imponer conductas a los ciudadanos; por lo tanto, parecería necesario un benévolo monopolio estatal si se quiere conservar la libertad. El segundo dice que debe existir una única autoridad centralizada a la que acudir como último recurso (por ejemplo, un tribunal supremo) para evitar los conflictos (por competencia) entre los distintos sistemas legales y la ineficaz duplicación de servicios que generaría la privatización. Si un argumento es correcto, el otro no puede serlo -o la provisión privada de orden público conduce a un monopolio o a un régimen competitivo-; aunque, en realidad, ninguno de los dos lo es.

El monopolio policial

La principal razón que se aduce para temer la monopolización de la policía privada es que las agencias podrían convertirse en empresas criminales organizadas que utilizarían las amenazas de violencia para coaccionar el "dinero de la protección" de los ciudadanos y para imponer su voluntad al resto de la población. Las personas inocentes o simplemente "culpables" de resistencia serán asesinadas o expulsadas sin recibir juicios justos, o sin juicios en absoluto. Al fin y al cabo, los sistemas gubernamentales de ley y orden han sido utilizados de esta manera a lo largo de la historia moderna. Es dudoso que los disidentes políticos de la Irlanda del siglo XVIII, de la Francia del siglo XIX o de la Rusia y China del siglo XX recibieran un trato justo antes de ser asesinados, desterrados o encarcelados. Es dudoso que los judíos enviados a la muerte por el gobierno alemán durante las décadas de 1930 y 1940 o los camboyanos masacrados por su gobierno durante las décadas de 1970 y 1980 sintieran que habían recibido justicia.

Antes de que diga "pero eso no puede ocurrir en una democracia", considere las vidas arruinadas por Joe McCarthy y el Congreso de Estados Unidos o la discriminación racial que floreció en Estados Unidos como consecuencia de la manipulación del gobierno por parte de grupos de interés y de la ley y el orden producidos por el gobierno.¹ Y considere el uso de la fuerza para extraer impuestos (dinero de protección) e imponer la voluntad de unas personas sobre otras por parte de todos los gobiernos de la historia. La Revolución Americana fue, en gran parte, una revuelta de impuestos contra el que supuestamente era uno de los gobiernos liberales e ilustrados más avanzados de la época. Hitler esperaba imponer su voluntad a todo el mundo en los años 30 y 40, al igual que Napoleón, los romanos antes de eso, y otros innumerables gobiernos a lo largo de la historia. Está claro que tenemos motivos para temer que el gobierno haga un mal uso de la fuerza y "castigue" sumariamente a los ciudadanos sin juicio.

Por supuesto, el hecho de que el gobierno haya hecho un mal uso del poder no aborda la cuestión de si el sector privado haría o no lo mismo. En ausencia de una policía pública, ¿qué impediría a una policía privada armada erigirse en gobierno? Friedman respondió a esta inquietud señalando que nada puede impedir por completo ese abuso de poder, excepto quizás una población armada dispuesta a utilizar esas armas. Sin embargo, subrayó que "debemos preguntarnos, no si [una sociedad en la que el sector privado produce la ley y las fuerzas del orden] estaría a salvo de una toma de poder por parte de los hombres armados (la seguridad no

es una opción disponible), sino si estaría más segura que nuestra sociedad de una toma de poder comparable por parte de los hombres armados. Creo que la respuesta es sí".²

Friedman resumió el argumento básico de la protección privada. En primer lugar, escribió:

en nuestra sociedad, los hombres que deben diseñar un golpe de este tipo son políticos, oficiales militares y policías, hombres seleccionados precisamente por las características de desear el poder y ser buenos usándolo. Son hombres que ya se creen con derecho a mangonear a otros hombres: ése es su trabajo. Están especialmente cualificados para la tarea de tomar el poder. En [un sistema privado de derecho y aplicación de la ley] los hombres que controlan las agencias de protección son "seleccionados" por su capacidad para dirigir un negocio eficiente y complacer a sus clientes. Siempre es posible que algunos resulten ser también fanáticos del poder en secreto, pero es menos probable que bajo nuestro sistema, en el que los trabajos correspondientes están etiquetados como "los no fanáticos del poder" no necesitan aplicar.³

El marco institucional es diferente en los dos sistemas. En el sistema actual, el poder se ha acumulado y concentrado en manos de un número relativamente pequeño. Cuando un agente de poder político se retira del mercado, el poder simplemente pasa a otro y sigue acumulándose. En un sistema privado, un vendedor de servicios de protección tiene que convencer a los clientes de que va a protegerlos antes de poder empezar a acumular poder. Si de repente se vuelve contra sus clientes, éstos pueden contratar a otra empresa de protección y el poder se disipa. Esto nos lleva al segundo punto de Friedman:

Además del temperamento [y los incentivos] de los posibles conspiradores, hay otro factor relevante: el número de agencias de protección. Si sólo hay dos o tres agencias en toda la zona que ahora cubre Estados Unidos, una conspiración entre ellas puede ser práctica. Si hay 10.000, cuando cualquier grupo de ellas empiece a actuar como un gobierno, sus clientes contratarán a otro para que les proteja contra sus protectores.

El número de agencias depende de qué tamaño de agencia haga el trabajo más eficiente para proteger a sus clientes. Mi opinión es que habrá más de 10.000 agencias que de 3. Si el rendimiento de las fuerzas policiales actuales sirve de indicación, una agencia de protección que proteja a un millón de personas está muy por encima del tamaño óptimo.⁴

La conjetura de Friedman es probablemente bastante acertada, aunque puede pecar de falta de rigor. El número de agencias de protección y detectives privados en Estados Unidos se acerca probablemente a las 10.000; si toda la policía fuera privada, el número podría duplicarse fácilmente. En otras palabras, la competencia sería probablemente feroz.⁵ Repasemos los hechos del caso. De 1964 a 1981, el empleo en el sector de las agencias de detectives y servicios de protección en Estados Unidos creció un 432,9%. La privatización generaría sin duda un crecimiento similar o incluso mayor. Tampoco hay pruebas de que el sector se monopolice, ya que el número de empresas que ofrecen estos servicios pasó de 1.988 a 7.126 entre 1964 y 1981. Algunas de estas empresas son muy grandes, por supuesto, y, curiosamente, muchas de las más grandes deben su éxito a los contratos gubernamentales. La Agencia Pinkerton, claramente la mayor agencia de detectives durante el siglo XIX, obtuvo una gran parte de sus ingresos del gobierno federal.⁶ Hoy en día, grandes empresas como Wackenhut contratan a unidades gubernamentales para proteger todo, desde aeropuertos hasta el Cabo Kennedy. Pero el hecho de que estas empresas sean grandes en virtud de los acuerdos institucionales actuales no implica que serían grandes sin contratos gubernamentales. Además, con más de siete mil competidores, ni siquiera las grandes empresas tienen probablemente poder de monopolio; sólo son grandes en términos del valor en dólares de su negocio, no en relación con el tamaño del mercado. Y si las

empresas competitivas llegan a ser grandes porque son eficientes, entonces son deseables; grande no es sinónimo de malo.

Hay un punto más a considerar aquí. En un acuerdo de libre mercado, las empresas de protección sólo tienen los derechos que tiene cada individuo. Por lo tanto, "no pueden ejercer una coacción legitimada", como sí pueden hacer en un sistema de orden público.⁷ La policía y el ejército públicos tienen derecho a coaccionar; las empresas privadas tendrían que tomar ese poder antes de estar en condiciones de utilizarlo. Como explicó Rothbard

en una sociedad sin Estado no habría un canal regular y legalizado para el crimen y la agresión, ni un aparato gubernamental cuyo control proporcione un monopolio seguro para la invasión de personas y propiedades. Cuando existe un Estado, sí existe ese canal incorporado, a saber, el poder fiscal coercitivo y el monopolio obligatorio de la protección forzosa. En la sociedad de mercado puramente libre, los aspirantes a policías o jueces criminales tendrían muchas dificultades para hacerse con el poder, ya que no existiría un aparato estatal organizado del que apoderarse y al que utilizar como instrumento de mando. Crear un instrumento de este tipo de novo es muy difícil y, de hecho, casi imposible; históricamente, los gobernantes del Estado tardaron siglos en establecer un aparato estatal que funcionara.⁸

¿Cuáles son las fuentes de la persistente creencia de que sin gobierno reinaría el terror? Una de las fuentes es la ficción popular, que nos ha proporcionado historias de bandas de forajidos que se hacen con el control de una ciudad fronteriza, de grandes rancheros y sus pistoleros a sueldo que se ensañan con los mansos buscadores de hierba, o de justicieros que ahorcan a ciudadanos inocentes. Ciertamente, estas cosas pueden haber sucedido en alguna ocasión, pero los comerciantes, los campesinos y los cazadores de hierba no eran tan mansos como las películas los han hecho parecer, y los vigilantes eran organizaciones de individuos preocupados que intentaban sofocar la violencia y establecer el orden. El bien suele triunfar sobre el mal en las películas, pero en la realidad el mal rara vez acumulaba suficiente poder para imponer su voluntad a comunidades enteras. No se necesitaba a "Shane" o a los "Siete Magníficos" para triunfar, ni era probable que se produjeran situaciones como la descrita en el "Incidente de Ox-Bow". De hecho, prácticamente todos los casos de reinados temporales de terror implicaban el poder de alguna autoridad gubernamental centralizada (véase el apéndice).⁹

La necesidad del poder coercitivo

Si las leyes no pueden aplicarse sin el poder coercitivo del gobierno, es irrelevante si los funcionarios públicos tienen una probabilidad relativa de hacer un mal uso del poder. Se ha argumentado que la intervención "pública" puede ser necesaria 1) para garantizar el cumplimiento de la decisión de un juez (privado) y 2) para obligar a someter la disputa a la adjudicación.¹⁰ Si bien es cierto que se necesita una amenaza creíble para crear suficientes incentivos para someterse a la sentencia de un tribunal y luego cumplirla, esta amenaza no tiene por qué provenir del gobierno.

Incluso hoy en día, como explicó Fuller, las reglas del deber y los derechos establecidas por el gobierno no pueden regular relaciones complejas e interdependientes; pero eso no significa que dichas relaciones no puedan establecerse y mantenerse: "reciben un ordenamiento efectivo por procesos silenciosos, que, manifestados en una sociedad primitiva, se llamarían derecho consuetudinario".¹¹ De hecho, aunque a menudo se asume que nuestra sociedad funciona gracias al control moral de los individuos (típicamente atribuido a una educación judeocristiana) combinado con las sanciones establecidas por la ley hecha por el Estado, Fuller argumentó que

"orientamos constantemente nuestras acciones hacia los demás por medio de señales que no están establecidas ni por la moral, en ningún sentido ordinario, ni por las palabras de los libros de derecho".¹²

La mayoría de las leyes requieren alguna amenaza de sanción, por supuesto. Umbeck explicó que la amenaza de violencia subyace en cualquier sistema de derechos de propiedad exclusivos:

Siempre que un grupo de individuos acuerda un sistema por el que se racionan los derechos exclusivos sobre recursos escasos, están acordando implícitamente no utilizar la violencia. Sin embargo, este contrato debe prever el uso de la violencia para castigar a cualquier miembro que no siga las normas y mantener los derechos de los miembros frente a los ataques de los no miembros. Si el grupo no está dispuesto o no puede utilizar la violencia en ninguna de estas dos situaciones, sus derechos de propiedad se perderán en favor de los que sí lo están. En última instancia, todos los derechos exclusivos se basan en la amenaza o el uso de la violencia.¹³

Hay que señalar dos puntos aquí. En primer lugar, la aplicación de los derechos de propiedad por parte del gobierno se basa en la amenaza de la violencia de la misma manera que un sistema de derechos de propiedad consuetudinario (por ejemplo, como en las sociedades primitivas, o en los campamentos de oro). Si alguien se niega a cumplir las normas del gobierno, se le declara forajido. Los proscritos pueden ser asesinados si se niegan a someterse a la detención, al juicio o al castigo. Así que, aunque el estudio de Umbeck se refería a los sistemas de derecho consuetudinario establecidos durante la fiebre del oro de California, su argumento es general. En segundo lugar, sólo porque la amenaza de violencia subyace "en última instancia" en cualquier sistema de leyes, ya sea de aplicación privada o pública, no es necesario amenazar con la violencia para inducir a la mayoría de la gente a cumplir las leyes. En muchos casos, una amenaza suficiente puede adoptar alguna forma de ostracismo no violento o de sanción de boicot.

En el baloncesto, por ejemplo, un jugador puede cometer hasta cuatro faltas y seguir jugando, pero una quinta falta supone la expulsión del partido. La mayoría de los jugadores intentan no cometer cinco faltas antes del final de un partido, y una gran mayoría lo consiguen. Se trata de una forma eficaz de ostracismo que crea incentivos para cumplir una norma, pero que no requiere la coacción del gobierno ni una amenaza de violencia. Algunos podrían argumentar que 1) no se trata de un mecanismo eficaz porque los jugadores siguen cometiendo faltas, o 2) no es un ejemplo relevante porque los delitos son infracciones mucho más graves que cometer una falta en un partido de baloncesto. La primera objeción simplemente no es válida, porque ningún sistema que los ciudadanos consideren aceptable evitaría todas las violaciones de las leyes. La segunda objeción tampoco es pertinente. Hay miles de acuerdos de cooperación que hacen cumplir sus normas mediante la amenaza de ostracismo, incluidos los contratos entre empresas de distintos países y entre empresas de organizaciones de productores que tienen sus propios sistemas de arbitraje. De hecho, a lo largo de la historia, el derecho comercial internacional se ha hecho cumplir mediante la amenaza de boicot,¹⁴ y cualquiera que violara un contrato bajo la Ley Mercantil medieval y se negara a someterse a la sentencia de un árbitro comercial era boicoteado por otros comerciantes.¹⁵

Para algunos tipos de ofensas, por supuesto, la naturaleza de la sanción de ostracismo o boicot tendría que ser severa. Cuando el castigo potencial es grave o costoso, la amenaza debe ser severa para crear suficientes incentivos para cumplir. Para muchas infracciones de los derechos de otro individuo en las sociedades primitivas y medievales con ley y orden privados, el infractor era considerado un proscrito o un paria si se negaba a someterse al arbitraje (o, en algunos casos, a la mediación) y podía ser asesinado por cualquiera sin temor a ser castigado.¹⁶ Esto es similar a la

amenaza que emplean los agentes de la ley del gobierno en la actualidad, y no cabe duda de que surgirían sanciones similares bajo la privatización moderna de la ley y el orden público.

¿Debe concederse alguna vez el poder de coerción de forma exclusiva? ¿Debe el Estado poder monopolizar la vigilancia? Incluso en ausencia de claros abusos del poder de policía, como predijo Gustave de Molinari en 1849, si "el consumidor no es libre de comprar seguridad donde le plazca, enseguida se ve abrirse una gran profesión dedicada a la arbitrariedad y a la mala gestión. La justicia se vuelve lenta y costosa, la policía vejatoria, la libertad individual ya no se respeta, el precio de la seguridad se infla abusivamente y se reparte de forma poco equitativa, según el poder y la influencia de tal o cual clase de consumidores".¹⁷ De Molinari podría estar describiendo la actual prestación pública de servicios policiales (véanse los capítulos 5, 6 y 7). En otras palabras, hay muchas razones para temer y evitar la monopolización de la coerción policial; pero no es el sector privado el que puede monopolizar y abusar del poder policial, sino el sector público.

Sin duda, la mayoría de los funcionarios públicos encargados de hacer cumplir la ley son buenas personas con buenas intenciones. Pero la discreción y el poder que se les otorga crean incentivos casi irresistibles para utilizar el cargo en beneficio personal o político. Por supuesto, hay quienes sostienen que las personas son intrínsecamente malas, por lo que el gobierno debe tener el poder de impedir ese monopolio. Si esto es cierto, entonces hay aún más razones para evitar un monopolio público fomentando la competencia del sector privado. Como sugirió Barnett, cuando se asume que las personas son esencialmente corruptas o que tratarán de obtener una ventaja injusta sobre los demás, los defensores de la concesión de poderes coercitivos al gobierno se enfrentan inmediatamente a una pregunta difícil: ¿Quién debe obtener el poder?¹⁸ Quien obtenga el poder debe, por supuesto, ser esencialmente corrupto o tratar de obtener una ventaja injusta sobre los demás. Lo que debemos reconocer es que el poder coercitivo, ya sea que asumamos que las personas son inherentemente buenas o malas, no es necesario ni deseable en la aplicación de la ley.

¿Sería posible un único ordenamiento jurídico?

Parece que existen importantes economías de tamaño (o estandarización) para algunos sistemas jurídicos. Aun así, es probable que surjan varios sistemas especializados en el marco de acuerdos privados de aplicación de la ley. Estos sistemas pueden tener una base funcional y ser extensos geográficamente (por ejemplo, el Law Merchant internacional), o tener una base geográfica y ser extensos en cuanto a la materia (véase el capítulo 14), pero es dudoso que haya un único sistema monopolístico.

El desarrollo de nuestro actual sistema jurídico occidental implicó varios sistemas jurídicos distintos. De hecho, como explicó Berman, "quizá la característica más distintiva de la tradición jurídica occidental sea la coexistencia y competencia dentro de la misma comunidad de diversas jurisdicciones y sistemas jurídicos."¹⁹ Durante la Alta Edad Media, existía el derecho canónico y varios sistemas legales seculares, incluyendo el derecho mercantil, urbano, señorial, feudal y real. Sólo el derecho real era un derecho verdaderamente centralizado, pero los demás sistemas no emulaban este derecho gubernamental. De hecho, "todos los diversos sistemas jurídicos seculares. . . adaptaron a sus propios usos muchas ideas y técnicas básicas del derecho canónico, aunque sólo sea porque el derecho canónico estaba más desarrollado y se podía imitar. . . . Al mismo tiempo, las autoridades seculares se resistieron a las invasiones de las autoridades eclesiásticas sobre la jurisdicción secular; y por esa razón, también, trataron de lograr para el derecho secular la cohesión y sofisticación del derecho canónico".²⁰ Una diferencia significativa con respecto a la mayoría de los sistemas jurídicos seculares era que el derecho canónico estaba más directamente conectado con los acontecimientos políticos e influenciado por ellos, y menos

directamente por la evolución social y económica.

Los sistemas jurídicos en competencia no son exclusivos de los periodos en los que se desarrollan los sistemas jurídicos o del derecho de producción privada, por supuesto. Cada país tiene su propio sistema jurídico y también hay sistemas que compiten dentro de los países. Por ejemplo, "cada uno de los cincuenta y tres sistemas judiciales distintos de Estados Unidos, incluido el sistema judicial federal, tiene sus propias normas sustantivas y procesales que a menudo entran en conflicto. Cada parte de cualquier disputa se apresura a iniciar el caso en la jurisdicción que tiene las leyes más favorables a su lado".²¹ Existen sistemas jurídicos para los cincuenta estados y el Distrito de Columbia, además del sistema federal. Hay sistemas municipales y de condado, sistemas militares y sistemas consuetudinarios con acuerdos de arbitraje y mediación. Cuando definimos el derecho como lo hizo Fuller como "la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las normas", entonces "esta empresa se lleva a cabo, no en dos o tres frentes, sino en miles". En esta empresa están los que redactan y administran las normas que rigen los asuntos internos de los clubes, las iglesias, las escuelas, los sindicatos, las asociaciones comerciales, las ferias agrícolas y otras cien formas de asociación humana. . sólo en este país hay 'sistemas de derecho' que se cuentan por cientos de miles".²²

Se podría argumentar que existe una disposición jerárquica del derecho en Estados Unidos, con la ley federal en la cúspide. El derecho gubernamental respaldado por los poderes de coerción puede anular por la fuerza los sistemas consuetudinarios, y los sistemas estatales están sujetos al control federal. Estos sistemas gubernamentales, incluido el federal, tienen sus limitaciones constitucionales, por supuesto. De hecho, la apelación al Tribunal Supremo de EE.UU. requiere el examen de una cuestión constitucional, por lo que muchos casos judiciales quedan fuera de su jurisdicción. Sin embargo, Berman sostiene que "la pluralidad de jurisdicciones y sistemas jurídicos dentro del mismo ordenamiento jurídico se ve amenazada en el siglo XX por la tendencia de cada país a engullir todas las diversas jurisdicciones y sistemas en un único programa central de legislación y regulación administrativa. . . . En sistemas federales como el de los Estados Unidos, la posibilidad de escapar de un conjunto de tribunales a otro ha disminuido radicalmente."²³

¿Debería existir solo un sistema legal?

¿Es necesaria o incluso deseable esta tendencia a la monopolización del derecho gubernamental? Muchos sostienen que sí, y Landes y Posner lo exponen tan claramente como cualquier otro: "Parece que hay tremendas economías de estandarización en [el derecho], similares a las que nos han dado dimensiones estándar para los enchufes eléctricos y los anchos de vía. Mientras que muchas industrias han logrado la estandarización sin monopolio, no está claro cómo la estandarización requerida de lo común podría lograrse en el [derecho] sin una fuente única para el [derecho] - sin, es decir, un monopolio".²⁴ Esto es especialmente cierto, argumentan, con la población altamente móvil de hoy en día, donde los infractores de la ley pueden salir de la jurisdicción de los "monopolios regionales" en la ley.²⁵ Sin embargo, Rothbard ofreció un contraargumento obvio, al señalar que quienes suponen que debe haber un monopolio en la coerción y la toma de decisiones (por ejemplo, una Corte Suprema que dicte decisiones incuestionables) no han reconocido que

el argentino, por ejemplo, vive en un estado de "anarquía" de no gobierno, en relación con el ciudadano de Uruguay. .y sin embargo los ciudadanos particulares de estos y otros países viven y comercian juntos sin entrar en conflictos legales insolubles. . . . Si bien es cierto que los Estados-nación separados han guerreado interminablemente entre sí, los ciudadanos particulares de los

distintos países. ...han conseguido convivir en armonía sin tener un único gobierno sobre ellos. Si los ciudadanos del norte de Montana y de Saskatchewan, al otro lado de la frontera, pueden vivir y comerciar juntos en armonía sin un gobierno común, también pueden hacerlo los ciudadanos del norte y del sur de Montana. En resumen, las fronteras actuales de las naciones son puramente históricas y arbitrarias, y no hay más necesidad de un gobierno monopólico sobre los ciudadanos de un país que de uno entre los ciudadanos de dos países.²⁶

Rothbard podría haber ido aún más lejos. Se necesitó un derecho mercantil producido y adjudicado de forma privada para superar las limitaciones de las fronteras políticas y el proteccionismo localizado, allanando el camino para la revolución comercial y el desarrollo del comercio internacional (véase el capítulo 2). De hecho, el comercio internacional moderno sigue basándose en el derecho privado consuetudinario y en el arbitraje para dirimir los conflictos. La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, creada en 1923, es sólo una de las al menos 120 organizaciones de arbitraje que se ocupan de las disputas comerciales internacionales.²⁷ Cuando existen las "tremendas economías de estandarización" a las que aluden Landes y Posner, el sector privado las aprovechará. El gobierno normalmente no puede responder debido a las limitaciones artificiales de las fronteras políticas. No hay razón para creer que ningún gobierno nacional tenga el tamaño ideal para aprovechar al máximo las economías de estandarización en el derecho. En algunas áreas del derecho (por ejemplo, el derecho mercantil), estas economías parecen ser mayores de lo que cualquier nación existente puede abarcar. En otras áreas, dichas economías pueden ser considerablemente más limitadas, de modo que las entidades políticas existentes son demasiado grandes. Un sistema privado de derecho generaría "áreas de mercado" de tamaño eficiente para los diversos aspectos del derecho, y quizás muchas serían más pequeñas que la mayoría de las naciones, mientras que otras se superpondrían a muchas de las jurisdicciones políticas actuales. La existencia de economías de estandarización realmente proporciona una justificación para el derecho privado, entonces, para romper con las ineficientes restricciones políticas artificiales.

Por último, consideremos la conveniencia de un acuerdo jurídico diversificado que conste de varias jurisdicciones y sistemas jurídicos especializados pero competitivos. Como explicó Berman

Es esta pluralidad de jurisdicciones y sistemas legales la que hace que la supremacía de la ley sea necesaria y posible. . . . La propia complejidad de un ordenamiento jurídico común que contiene diversos sistemas jurídicos contribuye a la sofisticación jurídica. ¿Qué tribunal es competente? ¿Qué ley es aplicable? ¿Cómo se concilian las diferencias jurídicas? Detrás de las cuestiones técnicas se esconden importantes consideraciones políticas y económicas: iglesia frente a corona, corona frente a ciudad, ciudad frente a señor, señor frente a comerciante, etc. El derecho era una forma de resolver los conflictos políticos y económicos. . . . El pluralismo del derecho occidental, que reflejaba y reforzaba el pluralismo de la vida política y económica de Occidente, ha sido, o fue, una fuente de desarrollo, o de crecimiento, tanto jurídico como político y económico. También ha sido, o fue, una fuente de libertad. Un siervo podía acudir al tribunal de la ciudad para pedir protección contra su amo. Un vasallo puede acudir a la corte del rey para protegerse de su señor. Un clérigo puede acudir al tribunal eclesiástico para protegerse del rey.²⁸

En contraste con los que creen que todo el sistema de derecho debe ser monopolizado, parece que hay un beneficio sustancial de no tener el monopolio, al igual que para la producción de todos los demás bienes y servicios.

Otras críticas "monopolistas" a la privatización

Una serie de argumentos contra la privatización de la aplicación de la ley no se formulan en términos de poder de monopolio. Estos argumentos suelen ser planteados contra los procesos de mercado en general por personas que, o bien no entienden el funcionamiento de los mercados competitivos, o bien se niegan a creer que funcionen como lo hacen. Estos críticos anticipan abusos que no pueden surgir en un entorno competitivo. Consideraremos estos argumentos para ilustrar que son simplemente incorrectos cuando se aplican a los mercados y que serían correctos si se aplicaran a la producción gubernamental.

Los motivos de interés propio conducen a la reducción de costes, la mala calidad del servicio y los abusos de poder. A menudo se critica a la policía privada por estar poco formada, ser demasiado vieja y abusar a menudo de su autoridad.²⁹ Esta opinión es especialmente fuerte entre la policía pública y se expresa con frecuencia en los medios de comunicación: "La mayoría de los agentes de la ley ven [a la policía privada] como ese policía de alquiler con salario mínimo, con exceso de edad, sobrepeso y medio dormido que se apoya en la pared de un centro comercial o de una tienda. Apenas es mejor la imagen anterior del anciano vigilante nocturno dormido en una silla con un reloj de fichar en el suelo a su lado".³⁰ La razón por la que se espera una policía privada de baja calidad, según el argumento, es que las empresas de seguridad recortan gastos para aumentar los beneficios.

El mismo tipo de argumento se ha aplicado a otros aspectos de la aplicación de la ley. Mark Conniff, director de la Asociación Nacional de Planificadores de la Justicia Penal, por ejemplo, predijo que las empresas que suministran prisiones por contrato reducirán los costes recortando los servicios y la calidad del personal. La Unión Americana de Libertades Civiles presentó una demanda ante un tribunal federal en un intento de prohibir la contratación privada de prisiones, "alegando que las agencias privadas no están adecuadamente equipadas ni capacitadas para realizar un trabajo humano de encarcelamiento, y que es probable que el afán de lucro genere medidas de recorte de costes que no redundan en el interés de los presos ni del público".³¹ Los tribunales privados han sido igualmente denostados.³² Ira Glasser, director ejecutivo de la ACLU, expresó el temor de que los tribunales privados con fines de lucro, como *Judicate*, tomen atajos e ignoren los procedimientos que garantizan la equidad en los tribunales públicos.³³

Hay varios problemas con el uso de estos argumentos para justificar la producción pública de servicios de aplicación de la ley y de adjudicación. En primer lugar, es dudoso que los vendedores de los mercados privados estén motivados de la forma que suponen estos argumentos. En segundo lugar, incluso si los productores privados de estos servicios estuvieran motivados, las fuerzas del mercado probablemente impedirían este comportamiento. En tercer lugar, incluso si estas predicciones se cumplen, no se deduce que el gobierno haga un mejor trabajo; de hecho, la evidencia indica que la prestación gubernamental de tales servicios es mucho más probable que implique abusos y mala calidad que la producción privada. Expongamos cada uno de estos puntos por separado.

¿Están los productores privados motivados para aumentar los beneficios reduciendo los costes y la calidad? No hay duda de que tienen incentivos para minimizar los costes de producción y es evidente que hay productos que varían en calidad, pero ninguna de estas circunstancias implica un incentivo para recortar y reducir la calidad por debajo del nivel que desean los consumidores. La única forma en que los argumentos pueden ser válidos es si el recorte de costes mediante la reducción de la calidad no genera una reducción compensatoria de los ingresos. Pero eso es precisamente lo que ocurre en un mercado competitivo.

Consideremos el argumento de la ACLU sobre las prisiones privadas por contrato. Si una empresa sólo quiere un contrato por un periodo de tiempo relativamente corto, puede prestar servicios insatisfactorios; pero no hay muchas empresas que tengan objetivos tan estrechos. Si una empresa adquiere fama de hacer un trabajo insatisfactorio, no sobrevivirá mucho tiempo en un mercado competitivo. Como explicó Tom Beasley, presidente de Corrections Corporation of America "El gran incentivo para nosotros. El gran incentivo para nosotros es que se nos juzgará por nuestro rendimiento. ...queremos que ese contrato se renueve el año que viene y el siguiente".³⁴ William MacQueen, de Judicate, señaló que "si no podemos garantizar una justicia justa e imparcial, somos un fracaso. Nos quedaríamos sin negocio".³⁵ En un entorno competitivo en el que los vendedores tienen objetivos de beneficio a largo plazo, los incentivos consisten en ofrecer la misma calidad de servicio a precios más bajos (y, por lo tanto, de coste) que los competidores o en ofrecer un producto de calidad superior a la de los competidores pero a un precio comparable.

Un mercado libre para la aplicación de la ley genera precisamente los incentivos opuestos a los que le atribuyen sus críticos. Las únicas circunstancias en las que no sería así es si el mercado diera lugar a un monopolio (que ya hemos descartado) o si los vendedores sólo tuvieran objetivos de beneficio a corto plazo. Hay estafadores y mercachifles que se instalan en una zona, defraudan a una serie de consumidores y se marchan; pero por muy ignorantes que sean los consumidores, es poco probable que muchos de ellos compren servicios de seguridad o de adjudicación a esas operaciones de poca monta. La sensación de permanencia y la reputación de los servicios de calidad serían claramente criterios mucho más importantes para los consumidores que eligen estos servicios que el argumento del "corte de calidad".

¿Y qué hay de la evidente falta de formación y habilidades y de la edad de tantos guardias y vigilantes? Sería una tontería que alguien que simplemente quiere un vigilante nocturno que compruebe las identificaciones y active la alarma en caso de problemas pague 20.000 o 30.000 dólares para contratar a una persona con la formación de un policía urbano. Por otra parte, sería absurdo que una gran empresa que quiere instalar un sistema de seguridad a gran escala contratara a alguien para diseñar e iniciar ese sistema que sólo tiene la formación y las habilidades de un agente de policía urbano. El mercado proporciona vigilantes con salarios mínimos a los consumidores que los demandan, pero "prácticamente se ignoran [por los críticos de la seguridad privada] los muchos miles de personal de control de pérdidas propio y bien cualificado que ganan sueldos de 18.000 a 100.000 dólares y lo hacen en funciones de supervisión, gestión y consultoría".³⁶ La tendencia actual de la seguridad privada es hacia una mayor formación y una mejora del personal, de las prácticas y de los procedimientos, lo que no es sorprendente dado el aumento de la demanda de protección privada contra la propiedad y los delitos violentos (véase el capítulo 9).

Otros abusos. Los abusos de la policía privada van supuestamente más allá de sus esfuerzos por reducir costes. Landes y Posner sostienen que:

el ejecutor privado cobra por cada delincuente condenado, independientemente de la culpabilidad o inocencia real del acusado. Hay varias formas en las que el ejecutor puede aumentar su "captura" y, por tanto, sus ingresos, incrementando la oferta de "delincuentes". (1) Puede fabricar un delito. (2) Puede procesar a una persona inocente por un delito que de hecho ha ocurrido. (3) Puede animar a un individuo a cometer un delito que no habría cometido sin el estímulo, y luego procesarlo por el delito; esta es la práctica conocida como "entrapment". (4) Sabiendo que un individuo está a punto de intentar cometer un delito, el ejecutor puede esperar hasta que el delito se haya cometido y entonces perseguirlo por una tentativa de delito. El incentivo para esperar es obtener una mayor compensación, ya que la pena por el delito consumado será presumiblemente más pesada que la pena por la tentativa.

Estos abusos se producirían sin duda en cualquier sistema de aplicación privada, pero ¿con qué frecuencia?³⁷

Pero una empresa de seguridad cuyos empleados abusan de los derechos de los ciudadanos no va a atraer mucho negocio. Un ejecutor que inventa delitos, persigue intencionadamente a personas inocentes, practica la trampa o espera a que se cometan los delitos no va a recibir muchos contratos una vez que los consumidores de servicios de ejecución se den cuenta. Al fin y al cabo, aunque tales acciones puedan generar inicialmente más trabajo y beneficios para el ejecutor, también generan mayores costes y servicios de peor calidad para los compradores de la ejecución. Así, los competidores deberían poder ofrecer fácilmente mejores servicios a un coste menor. Una vez más, la competencia incita a ofrecer servicios de calidad a precios competitivos. Como señaló Smith, "su propia reputación pública. ... exige que evite las acusaciones inventadas o mal fundadas".³⁸ Además, un requisito previo para los incentivos a cometer abusos enumerados es que el ejecutor sea pagado por cada delincuente condenado. Pero es fácil imaginar acuerdos contractuales que incluyan honorarios fijos por los servicios prestados durante un periodo de tiempo, creando así incentivos para prevenir la delincuencia y minimizar el número de delitos perseguidos.

Recorte de calidad y otros abusos por parte del gobierno. El último punto a considerar aquí son las pruebas del nivel real de abusos resultantes del recorte de costes u otros incentivos en la producción del sector privado de la aplicación de la ley, en relación con los sucesos similares en la prestación pública de esos servicios. Mi argumento es que las empresas de los mercados competitivos privados no son tan propensas a ofrecer servicios de mala calidad y a abusar de sus poderes como se suele afirmar. En cambio, las administraciones públicas suelen prestar servicios de mala calidad y los burócratas pueden ser abusivos.

Consideremos el incidente que desencadenó una demanda de la ACLU para prohibir las prisiones privadas. El Servicio de Inmigración y Naturalización había colocado a algunos extranjeros ilegales en las instalaciones de detención de una empresa de seguridad privada de Texas. No había habido ninguna licitación para este trabajo, y no existía ningún contrato con la empresa. Cuando un extranjero murió y dos resultaron heridos durante un intento de fuga, la ACLU concluyó que el sector privado proporciona prisiones de mala calidad. Pero, ¿qué pasa con el rendimiento del sistema penitenciario público? Un artículo de AP de octubre de 1984 informaba del decimonoveno asesinato de reclusos del año en el sistema penitenciario de Texas.³⁹ En el momento en que se inició la demanda de la ACLU, al menos 32 estados tenían órdenes de los tribunales federales para remediar lo que los jueces federales consideraban condiciones inconstitucionalmente crueles en las prisiones estatales. En abril de 1984, unos 150 gobiernos de condado y 39 estados estaban en litigio o bajo orden judicial para mejorar sus prisiones, y sistemas penitenciarios enteros en algunos estados fueron declarados inconstitucionales.⁴⁰ A mediados de la década de 1980, los investigadores descubrieron que las necesidades médicas de los presos en el sistema penitenciario estatal de Florida estaban tan desatendidas que, entre abril de 1983 y abril de 1984, "17 reclusos sufrieron muertes evitables" en el Hospital del Centro Médico del sistema. Un equipo de revisión, nombrado por un juez federal, "descubrió que la atención médica en el departamento estaba plagada de incompetencia, negligencia e indiferencia hacia la salud de los reclusos". Encontró médicos que no hablaban inglés, técnicos médicos sin formación y sin supervisión, y una administración médica con poca autoridad en una jerarquía penitenciaria que no responde.⁴¹ Las muertes en las prisiones se producen en cualquier sistema. ¿Una sola muerte en un centro de detención privado justifica la afirmación de que las prisiones privadas producen una peor calidad y mayores abusos que el sistema público?

Los críticos de la policía del sector privado suelen citar los actos violentos cometidos por estos policías como prueba de su escasa formación y falta de habilidades. Edward Iwata informó de que en 1983 murieron veintidós personas en California en incidentes de disparos en los que estaba implicado personal de seguridad privada, "incluyendo tanto a los guardias como a los sospechosos (o víctimas)".⁴² Sin embargo, el informe no señalaba que probablemente hay el doble de policías privados que de policías públicos en California y que los policías públicos matan a más personas que los privados. En 1981, por ejemplo, la policía pública de California cometió 68 "homicidios justificados".⁴³ Esta cifra no incluye a los policías muertos ni a los homicidios injustificados cometidos por la policía; la cifra de asesinatos en los que interviene la policía privada engloba todas estas categorías.

En 1970, se llevó a cabo un estudio de las quejas presentadas contra empresas de seguridad privada con licencia, bajo los auspicios del Instituto Nacional de Aplicación de la Ley y Justicia Penal.⁴⁴ De las 17 autoridades estatales encargadas de la concesión de licencias con las que se contactó, cinco aparentemente no consideraron que el problema fuera suficiente como para justificar la recopilación de datos; tres estados -Delaware, Iowa y Minnesota- recopilaron datos pero no tenían quejas que comunicar para 1970. Del mismo modo, se contactó con 24 organismos locales de concesión de licencias, de los cuales siete no recopilaron datos y tres no informaron de ninguna queja. El índice medio de quejas fue del 6% de las empresas privadas para los reguladores estatales y del 4,3% para los reguladores locales. Las empresas privadas pueden abusar de su poder y pueden cometer errores. Pero hay razones de peso para esperar que la policía pública sea mucho más abusiva que la privada.

En primer lugar, un individuo que no es plenamente responsable de las consecuencias de sus actos es probable que se despreocupe relativamente de esas consecuencias. Una demanda civil contra una empresa de seguridad privada por abuso de los derechos de un individuo puede ser costosa, y podría destruir el negocio. En una demanda contra un organismo público encargado de hacer cumplir la ley, los contribuyentes pagan la cuenta, por lo que el coste para el director de esa oficina es relativamente pequeño. Además, los incentivos de un sistema privado en el que los individuos pueden ser plenamente responsables de sus errores o de sus abusos (véase el capítulo 14) son muy diferentes de los de un sistema gubernamental en el que un policía (o un juez) sólo tiene una responsabilidad limitada. Un policía no puede ser demandado por detención ilegal, por ejemplo, a menos que pueda demostrarse que el individuo detenido es inocente y que el policía no tenía motivos para sospechar de ese individuo. Una persona inocente que es encarcelada por error no puede presentar ninguna reclamación legal contra el gobierno o sus funcionarios. Se puede reconocer que el gobierno ha cometido un error, pero los funcionarios del gobierno tienen derecho a cometer esos errores y no son responsables de ellos; los ciudadanos privados, por supuesto, suelen ser responsables. Como explicó Friedman:

Estos derechos especiales permiten a un gobierno matar a sus oponentes y luego disculparse por el error. A menos que las pruebas de intención criminal sean muy claras, los asesinos son inmunes al castigo. Incluso cuando las pruebas son abrumadoras, como en el caso de la redada de las Panteras Negras de Chicago de hace unos años, no se puede juzgar a los responsables por su crimen real. Hannahan, el fiscal de distrito del condado de Cook responsable de la redada, está siendo acusado, no de conspiración para cometer un asesinato, sino de obstrucción a la justicia; no, en otras palabras, de organizar el asesinato de personas que le desagradaban, sino de mentir sobre ello después. Este no es un caso aislado de error judicial, es el resultado inevitable de un sistema en el que el gobierno tiene ciertos derechos especiales, por encima de los derechos de los individuos ordinarios, entre ellos el derecho a no ser responsable de sus errores [o abusos]. Cuando se eliminan estos derechos, cuando el agente del gobierno se reduce a la condición de ciudadano privado y tiene los mismos derechos y responsabilidades que sus vecinos, lo que queda ya no es el gobierno.⁴⁵

El juez Neely escribió que para entender por qué los jueces actúan como lo hacen debemos considerar la interacción de los jueces con la estructura de los tribunales, ya que es el entorno institucional el que genera gran parte del comportamiento que observamos. "Ciertos vicios personales no son notables en personas empleadas fuera de la judicatura (inmediatamente me vienen a la mente la arrogancia y la indolencia)", observó Neely. "Y si las personas nombradas para la judicatura exhibieran varias cualidades en exceso antes de sus nombramientos, no habrían sido seleccionadas. Es la naturaleza de la judicatura, con sus cargos vitalicios, o largos mandatos elegidos, la que puede fomentar la arrogancia y la indolencia, ya que la ocupación de vendedor tiende a enmascararlas."⁴⁶ Este es un punto muy importante. Muchos individuos abusarían de sus puestos recortando costes, haciendo un trabajo de mala calidad y amedrentando si pudieran. Los acuerdos institucionales en los que las personas desempeñan sus tareas determinan si tales abusos pueden llevarse a cabo o no, y los mercados competitivos son uno de los mejores (si no el mejor) acuerdos institucionales diseñados para desalentar el comportamiento abusivo e ineficiente. Un juez público puede abusar de todas las partes en cada litigio que resuelve sin temor a perder su trabajo. Pero un juez privado "necesita" a los litigantes para mantenerse en el negocio, y debe tratar a los litigantes con respeto.

Las diferencias entre las instituciones públicas y las instituciones privadas competitivas van mucho más allá de la dificultad para despedir a los funcionarios públicos que hacen un mal trabajo. La premisa que subyace a las predicciones de gran parte del comportamiento abusivo que muchos esperan de los jueces privados es que éstos serán recompensados en función del número de casos juzgados. De hecho, los productores privados son recompensados por ofrecer lo que los consumidores quieren: una resolución clara y rápida de los litigios con opiniones basadas en las normas comúnmente aceptadas por la sociedad. Los burócratas públicos obtienen sus recompensas a través del proceso político, donde las recompensas suelen estar vinculadas a alguna representación medible del tamaño de las operaciones de las burocracias. Así pues, los empleados públicos que se encargan de hacer cumplir la ley y de dictar sentencia se enfrentan a los mismos incentivos que algunos han atribuido a la policía y a los jueces privados, pero no están regulados por la amenaza de la competencia en nada parecido al nivel que existe en los mercados privados. En consecuencia, es mucho más probable que los productores públicos reaccionen a esos incentivos que los productores privados.

Los mercados favorecen a los ricos. Mabry, et al. argumentaron que "si la emisión de veredictos ha de ser independiente de la riqueza relativa de los litigantes, entonces la prestación de servicios judiciales requiere naturalmente la separación de la ganancia del decisor de la de cada litigante. Este hecho exige una fuerte regulación o requiere la provisión pública del juez directamente".⁴⁷ Esto presumiblemente ocurre debido a la "posible corrupción en un sistema de pago privado"⁴⁸ -es decir, los ricos pueden pagar más a un juez para que les favorezca. La justicia privada no será una justicia imparcial.⁴⁹ Este argumento también se ha aplicado a la privatización de la policía. ¿Son válidos estos argumentos?

Después de argumentar que los tribunales competitivos deberían producir opiniones sesgadas, Landes y Posner admitieron algunas dificultades con el argumento: "Este análisis deja sin explicar el patrón real de competencia en los tribunales ingleses durante los siglos en los que los jueces eran pagados con los honorarios de los litigantes y los demandantes tenían con frecuencia la posibilidad de elegir entre tribunales competitivos. ...ninguno (del que tengamos conocimiento) del tipo de favoritismo flagrante que predice nuestro análisis económico. ...surgió en un entorno tan competitivo. Por qué no surgió (suponiendo que no haya sido simplemente pasado por alto por los historiadores del derecho) presenta una cuestión interesante".⁵⁰ Se pueden

encontrar pruebas similares en muchos sistemas primitivos y medievales de derecho privado. Los comanches y los islandeses medievales tenían acuerdos institucionales privados para garantizar que no hubiera prejuicios contra los pobres, y el sistema irlandés medieval destacó por su desarrollo y protección de los derechos de las mujeres.⁵¹ En su análisis del ordenamiento jurídico privado islandés, Friedman explicó que las víctimas tenían un derecho de propiedad transferible, el derecho a la restitución, lo que significaba que "un hombre que no tuviera recursos suficientes para procesar un caso o hacer cumplir un veredicto podía venderlo a otro que sí los tuviera y que esperara obtener un beneficio tanto en dinero como en reputación al ganar el caso y cobrar la multa. Esto significaba que un ataque incluso a la víctima más pobre podía llevar a un eventual castigo".⁵² Además, los ricos de Islandia no eran inmunes a la persecución. Cualquiera que se negara a pagar la restitución era proscrito, y un proscrito que se defendiera por la fuerza era responsable de pagar por cada daño infligido a los que intentaban llevarle ante la justicia. El punto aquí es que el sector privado producirá algún acuerdo para evitar favorecer a un grupo sobre otro en el proceso de justicia. En un sistema privado, en el que no existe poder estatal para coaccionar, un demandante no puede obligar a un demandado a someterse a un juicio ante un juez concreto. El demandado debe ser persuadido de que la participación es en su mejor interés. Esa persuasión puede provenir de alguna forma de ostracismo lo suficientemente fuerte como para convencerle de que se someta a un juicio justo.⁵³ Pero no es probable que un acusado acepte comparecer ante un juez que está predisposto en su contra, especialmente si hay otros jueces disponibles. Los árbitros y mediadores que se han mantenido con éxito en el negocio lo han hecho proporcionando juicios justos e imparciales.

¿Qué garantiza esta imparcialidad? ¿No es posible que todos los jueces privados tengan los mismos prejuicios porque son los ricos los que más pueden pagar? En un sistema privado en el que los ricos no están protegidos por el gobierno, es dudoso que los ricos como grupo quieran un sistema judicial tan parcial. En primer lugar, un hombre rico puede tener en algún momento un litigio con otro aún más rico, por lo que sería reacio a apoyar un sistema en el que la decisión recaiga en el mejor postor. Pero lo más importante es que los pobres simplemente optarían por no participar en un sistema así y establecerían el suyo propio. Si los ricos intentarían imponer su tipo de justicia a los pobres (por ejemplo, formar un gobierno), se produciría un enfrentamiento violento, que a la larga suele costar más a los ricos que a los pobres. Como señaló Smith, "el miedo de los gubernamentalistas a que los organismos de libre mercado vendan una justicia falsa al mejor postor sin tener en cuenta la justicia, la objetividad y los procedimientos fiables carece de fundamento. . . . Que una agencia utilice la fuerza (supuestamente) retributiva sin verificación pública es tacharse a sí misma de forajida ante la opinión pública".⁵⁴

Se podría responder que los pobres no podrán permitirse una justicia privada, por lo que es irrelevante que los tribunales privados no estén sesgados contra ellos: el sistema sí lo está. Pero hemos visto que se pueden hacer y se han hecho arreglos para garantizar que los ataques contra las víctimas pobres sean llevados ante la justicia. Más allá de eso, la privatización no sólo significa que las empresas privadas vendan la aplicación de la ley y la adjudicación. Significa que los ciudadanos privados eligen libremente entre opciones competitivas, una de las cuales es el arbitraje o la mediación de disputas entre algunas personas de un grupo (por ejemplo, en un barrio) por parte de otras del mismo grupo.

Consideremos una cuestión aún más importante. ¿Es el acceso al sistema judicial público "gratuito" para los pobres, o está sesgado a favor de los ricos? El juez del Tribunal Supremo William Rehnquist explicó que normalmente hay que gastar mucho tiempo y dinero antes del juicio y en la apelación de los casos después. "El resultado es un sistema ideal para un juicio de General Motors contra IBM, ya que ambos tienen los recursos necesarios para afrontar el retraso. Pero, ¿hasta qué punto es adecuado para los innumerables litigantes que no pertenecen a esa

clase?"⁵⁵ Con el actual sistema público, a menudo parece que sólo los ricos pueden permitirse utilizar los tribunales públicos. Esto, señaló Rehnquist, está obligando a un número cada vez mayor de personas a recurrir a alternativas privadas para resolver sus litigios.

Aunque un sistema privado de resolución de conflictos proporcionaría a los pobres el acceso a un árbitro o mediador que no está disponible en los tribunales públicos, algunos observadores sostienen que la disponibilidad de estos acuerdos privados es injusta. Laura Nader sostiene que "una de las preocupaciones es que se está creando un sistema de dos niveles, uno para los pobres y otro para los ricos. Los tribunales pasan a ser para los problemas importantes de los ricos y los pobres utilizan la mediación".⁵⁶ Estas críticas son irrelevantes, por supuesto, porque la elección no es entre los tribunales públicos disponibles de forma gratuita e igual para todos y un "sistema de dos niveles"; para muchos de los pobres, la elección es entre la justicia privada y la ausencia de justicia.

Un giro interesante es que algunos han argumentado que la privatización favorece a los ricos porque pueden optar por salir del sistema público, dejando sólo a los pobres. Cuando esto sucede, el argumento es que "los servicios públicos privados de sus clientes más influyentes inevitablemente declinan".⁵⁷ Otro crítico argumentó que la adjudicación privada debería ser ilegal, porque "mientras haya dos sistemas de justicia, uno de los cuales es fácilmente accesible, relativamente barato y eficiente, los principales defectos de nuestro sistema legal en su conjunto seguirán sin corregirse, lo que hará que la mayoría de las personas de clase media y pobres queden excluidas del uso efectivo de nuestro sistema legal".⁵⁸ En otras palabras, los tribunales públicos tienen muchos defectos, incluyendo su tendencia a excluir a los pobres y a la clase media de la justicia, y el sistema de adjudicación privado es más eficiente, relativamente barato y fácilmente accesible. La solución, entonces, es prohibir la adjudicación privada para obligar a los ricos a volver a los tribunales públicos para que exijan que se mejore el sistema público. Sin embargo, está claro que si la adjudicación privada es "relativamente barata", no es una justicia para los ricos, sino una justicia de acceso relativamente fácil para todos. Una solución mucho mejor sería eliminar los tribunales públicos (o al menos dejar que compitan con las alternativas privadas) para que los pobres, y la clase media, y los ricos tengan todos acceso a la adjudicación.

El argumento de que la privatización favorecería a los ricos también se ha aplicado contra el uso de la policía privada. Se dice que sólo los ricos podrán permitirse que sus barrios sean patrullados y que se investiguen los delitos contra ellos. De nuevo, pueden surgir acuerdos institucionales y contractuales que aseguren que incluso los pobres tengan protección policial privada. Además, con la privatización, los pobres tendrían de toda una serie de opciones, entre ellas la vigilancia y las patrullas vecinales voluntarias.

Con el sistema actual, el coste de la delincuencia recae de forma desproporcionada en los pobres. Son las víctimas de la mayor parte de los delitos cometidos y reciben una parte desproporcionadamente pequeña de los beneficios del gasto público tanto en la prevención como en la resolución de los casos de delincuencia. La probabilidad de que una mujer de una familia que gana menos de 3.000 dólares al año sea violada es casi cuatro veces mayor que la probabilidad de que una mujer de una familia que gana 25.000 dólares o más sea violada; lo mismo ocurre con otros delitos violentos.⁵⁹ La actuación del gobierno a la hora de proporcionar a los pobres la ley y el orden es, como mínimo, sombría. Para los pobres, la privatización significa pasar de un sistema al que contribuyen actualmente pero del que se sienten ajenos a un sistema en el que obtienen la protección y la justicia por las que pagan.

Algunos podrían replicar que los pobres a menudo no pagan impuestos y que cualquier aplicación de la ley pública que obtengan es más de lo que obtendrían en un acuerdo privado. Pero su renta incluye los impuestos capitalizados de los propietarios y los precios que pagan por otros bienes y servicios cubren los impuestos pagados por los productores, así que ese

argumento no es válido. Además, como explicó Neely "En términos de ingresos fiscales, la liberación de delincuentes peligrosos es muy barata. El coste de la sanción se desplaza entonces del tesoro público [es decir, de las clases media y alta que pagan impuestos] a la clase socioeconómica más baja, porque es la que soporta desproporcionadamente el peso de la delincuencia."⁶⁰ Si la privatización conduce a una mayor preocupación por prevenir los delitos contra las personas y la propiedad y por recuperar las pérdidas de las víctimas, entonces muchos de los costes que actualmente se trasladan a los pobres en lugar de los impuestos disminuirán y podrán disponer de más recursos para adquirir protección si así lo deciden.

El actual sistema de justicia de dominio público también parece favorecer al delincuente relativamente rico.⁶¹ Por ejemplo, el castigo de algunos delitos implica que el delincuente elija entre pagar una multa o pasar tiempo en la cárcel. Becker explicó que muchas leyes de Estados Unidos que permiten el pago de multas o el encarcelamiento valoran muy poco el tiempo en prisión: Por ejemplo, los delitos menores de clase A en el estado de Nueva York pueden castigarse con una pena de prisión de hasta un año o una multa no superior a 1.000 dólares; los delitos menores de clase B se castigan con una pena de hasta tres meses o una multa no superior a 500 dólares. "Estos estatutos permiten penas de prisión excesivas en relación con las multas, lo que puede explicar por qué el encarcelamiento en lugar de las multas se considera injusto para los delincuentes pobres, que a menudo deben "elegir" la alternativa de la prisión".⁶²

La discusión anterior no implica que en un sistema privado los ricos y los pobres tengan acceso precisamente a los mismos recursos de ejecución y adjudicación. Como subrayó Lott, la eficiencia requiere que los individuos relativamente ricos empleen recursos diferentes.⁶³ Alguien que gana un salario alto, por ejemplo, debería tener la opción de contratar servicios de seguridad en lugar de producirlos él mismo, porque su propio tiempo tiene usos alternativos valiosos. Así, en un sistema privatizado habría una serie de opciones policiales y judiciales, y los individuos utilizarían las distintas opciones según sus propias elecciones, basadas en la voluntad y la capacidad de pago. En nuestro actual sistema de justicia, politizado y común, los individuos quedan excluidos de considerar algunas opciones porque otros individuos tienen el poder de tomar decisiones por ellos; los contribuyentes se ven obligados a pagar por los servicios y errores públicos, quieran o no. Como consecuencia, los pobres están mucho peor con el sistema actual de lo que estarían con la aplicación de la ley privatizada.

Conclusiones

Algunos de los argumentos contra la privatización de la ley y el orden pueden tener cierta validez, pero la respuesta a la pregunta de si se debe privatizar o no debe incluir un examen del rendimiento relativo de los sistemas privados y públicos de la ley y el orden. Ninguno de los dos sistemas será perfecto. Neely señaló: "La justicia perfecta en condiciones ideales es ilusoria. Pedir una justicia perfecta a un sistema judicial es como pedir a un cirujano experto que realice una operación cerebral con un hacha de carne. Puede que sea capaz de hacerlo un 5% de las veces si es realmente hábil, pero el dinero inteligente no apuesta por ello".⁶⁴ El "hacha de carne" que hay que utilizar en el sistema público de orden público consiste en los acuerdos institucionales que han surgido en el sector público y los incentivos que esas instituciones crean. Un sector privado competitivo implica un conjunto muy diferente de instituciones e incentivos que son mucho menos engorrosos. Probablemente no deberían compararse con un bisturí perfecto, sino más bien con una cubertería formada por varios cuchillos bien afilados con funciones y usos especializados. El cirujano seguirá sin actuar perfectamente el 100% de las veces, pero las posibilidades de supervivencia del paciente son mucho mayores que cuando se utiliza un hacha de carnicero.

APENDICE AL CAPITULO XI

Violencia y justicia vigilante en el Oeste americano

El Oeste americano del siglo XVIII es ampliamente citado como ejemplo de una sociedad sin ley dominada por la violencia, donde los fuertes y despiadados gobernaban por la fuerza. Es cierto que los mineros, agricultores, ganaderos y otros individuos se desplazaron hacia el oeste mucho más rápido de lo que el gobierno de Estados Unidos podía ampliar su sistema de aplicación de la ley, especialmente entre 1830 y 1900. Pero esto no significa que la frontera no tuviera ley. Si bien la aplicación de la ley por parte del gobierno puede haber sido la norma en los trece estados originales (e incluso esto es cuestionable⁶⁵), el orden durante prácticamente toda la expansión hacia el oeste se basó en gran medida en la producción de la ley y su aplicación por parte del sector privado.⁶⁶ En la mayoría de los casos, no había alternativa. Pero se eligió una empresa del sector privado de la ley principalmente porque funcionaba. Como concluyeron Anderson y Hill después de considerar varios de estos sistemas no gubernamentales, "la frontera occidental no era tan salvaje como la leyenda nos quiere hacer creer. El mercado sí proporcionaba organismos de protección y arbitraje que funcionaban con gran eficacia, bien como sustitución completa del gobierno formal, bien como complemento de éste."⁶⁷ Del mismo modo, el historiador Roger McGrath llegó a la conclusión de que "algunas nociones largamente acariciadas sobre la violencia, la anarquía y la justicia en el Viejo Oeste. ...no son más que un mito".⁶⁸ Examinemos brevemente las pruebas históricas relativas a la frontera violenta y sin ley.

La violencia en el Oeste: ¿Mito o realidad?⁶⁹ Según Mabel Elliott, la frontera americana era un lugar "donde un hombre podía existir sin tener que pagar tributos a los recaudadores de impuestos, o a los legisladores, y si se movía lo suficientemente rápido no necesitaba ni siquiera deferir a la opinión de su vecino".⁷⁰ Esta falta de gobierno efectivo, sugería Elliot, fomentaba un sentido de individualismo que supuestamente producía frecuentes enfrentamientos violentos, particularmente en la frontera minera y ganadera. R. W. Mondy señaló que los hombres no encontraban un orden social estable esperándoles cuando se desplazaban hacia el oeste.⁷¹ Esta falta de orden social presumiblemente obligó a los fronterizos a actuar de forma independiente y a establecer relaciones sociales sin el marco de un orden existente. La falta de ley y orden resultante, concluyó Mondy, provocó frecuentes enfrentamientos violentos y muertes. Mondy también citó el aislamiento físico y cultural de las comunidades fronterizas como factores que contribuían al problema de la violencia.

Curiosamente, Elliott y Mondy no aportaron ninguna prueba de la violencia generalizada en la frontera. Simplemente asumieron (o afirmaron) que la violencia era frecuente y luego procedieron a explicar por qué debía ser así. En esta misma línea, Gilbert Geis escribió: "Podemos informar con cierta seguridad de que, en comparación con los días de la frontera, ha habido una disminución significativa de [los delitos de violencia]".⁷² Pero Geis no citó ninguna prueba. Joe Frantz llegó a sugerir que la violencia estadounidense actual refleja nuestra herencia fronteriza.⁷³

¿Existen pruebas reales de un comportamiento relativamente violento en el Oeste? H. S. Drago encontró casos en los que la violencia estalló por el uso de las tierras de pastoreo, pero señaló que tales enfrentamientos no eran muy comunes.⁷⁴ Varios autores han escrito sobre los pistoleros en el Oeste, y es cierto que algunos pistoleros estuvieron involucrados en varios asesinatos.⁷⁵ Las razones de este comportamiento violento, según algunos historiadores, son la inexistencia de instituciones gubernamentales de orden público, el aislamiento de las comunidades y la necesidad de que los individuos se defendieran y persiguieran a los atacantes por sí mismos o en conjunto con comités de vigilantes, que generalmente contribuían más a la violencia que al orden. Más allá de estos problemas con la aplicación de la ley, se suponía que

había muchas fuentes de enfrentamientos, como la escasez de tierras y el gran número de salones, establecimientos de juego y prostitución.

Algunos escritores se han centrado en la actividad de los vigilantes como fuente de violencia. El historiador Richard Maxwell Brown citó al menos 300 movimientos históricos de vigilantes en Estados Unidos y sus territorios occidentales.⁷⁶ Estos sucesos comenzaron ya en 1767 en Carolina del Sur, pero han sido particularmente prominentes en la frontera occidental porque los ciudadanos privados tenían que hacer cumplir sus propias leyes. Estos movimientos de vigilantes solían ser eficaces para establecer el orden social y disuadir de cometer delitos, pero para ello solían recurrir a la pena capital o al castigo corporal.

Algunos relatos históricos se han centrado en regiones en las que se ha producido algún acontecimiento o individuo especialmente notorio, por lo que puede existir un problema de sesgo de selección al intentar caracterizar todo Occidente a partir de sus conclusiones. Sin embargo, es interesante que estos estudios descubran una buena parte del orden social. W. C. Holden estudió la frontera de Texas entre 1875 y 1890 y descubrió que muchos tipos de delitos eran sencillamente inexistentes.⁷⁷ Los robos y asaltos a casas y negocios (excepto los bancos) simplemente no ocurrían. Las puertas no se cerraban con llave y la hospitalidad estaba muy extendida, lo que indica que los ciudadanos tenían relativamente poco miedo a los delitos violentos invasivos. Sí se producían tiroteos, pero normalmente se trataba de lo que la ciudadanía consideraba "peleas justas". Se produjeron robos en escenarios y trenes, pero estos incidentes estaban aislados de la mayoría de los ciudadanos y les causaban poca o ninguna preocupación.⁷⁸

La conclusión de que la frontera occidental era un lugar violento y sin ley proviene de una de estas dos fuentes 1) simplemente se asume que, dado que el Oeste no contaba con un aparato gubernamental eficaz para hacer cumplir la ley, debía ser anárquico y violento; o 2) se ha asumido que los individuos o sucesos violentos representan el carácter general de la frontera occidental. El historiador de la UCLA Roger McGrath concluyó que:

los autores de "la frontera era violenta" no intentan, en su mayoría, demostrar que la frontera era violenta. Más bien suponen que era violenta y luego ofrecen explicaciones para esa supuesta violencia. Estas explicaciones se basan en las condiciones que, según los autores, eran peculiares o exageradas en la frontera y en los rasgos de la personalidad del propio fronterizo. Los autores razonan que deben haber sido las condiciones únicas de la frontera y la personalidad del fronterizo las que causaron la violencia.

Sus conclusiones no se basan en una investigación exhaustiva de todas las formas de violencia y anarquía en el Oeste, ni siquiera en una ciudad o región concreta. . . . Estos autores ofrecen una imagen menos que completa -en algunos casos muy selectiva y quizá poco representativa- de la violencia y la anarquía en la frontera.⁷⁹

Existe una creciente literatura que concluye que el Oeste no era muy violento. W. Eugene Hollon descubrió que la frontera occidental "era un lugar mucho más civilizado, más pacífico y más seguro que la sociedad estadounidense actual".⁸⁰ Según Hollon, la violencia se convirtió en un problema en el Oeste sólo después del desarrollo urbano. Frank Prassel concluyó: "Parece que, en el Oeste americano, la delincuencia puede haber estado más estrechamente relacionada con el desarrollo del entorno urbano que con la anterior existencia de una frontera" y que, en general, un habitante del Oeste "probablemente disfrutaba de mayor seguridad tanto en su persona como en su propiedad que su coetáneo en los centros urbanos del Este".⁸¹ Tanto Hollon como Prassel ofrecieron explicaciones razonables para la impresión de que el Oeste era un lugar violento. Prassel señaló que, en parte debido a la ausencia general de desorden, las acciones notorias de unos pocos individuos recibían una atención indebida. Hizo hincapié en que la ficción del Oeste, las películas y

la televisión han creado percepciones inexactas del Oeste. Hollon expuso argumentos similares, sugiriendo que la frontera occidental tiene una imagen poética en la que se han exagerado sus extremos.

Tanto Hollon como Prassel se sorprendieron al descubrir que el Oeste era en realidad bastante ordenado. Prassel escribió: "Teniendo en cuenta los factores presentes, es sorprendente que no se produjeran aún más asesinatos, asaltos y robos [en la frontera occidental]".⁸² Hollon concluyó que "es milagroso que la última y más grande región fronteriza de los Estados Unidos se asentara de forma tan ordenada como lo hizo."⁸³

Hollon y Prassel no son los únicos estudiosos que han empezado a reconocer que el Oeste fronterizo no era la sociedad sin ley de la ficción popular o de la suposición académica.⁸⁴ Su incapacidad para explicar el orden social que era la norma en el Oeste, sin embargo, es típica de gran parte de esta literatura. McGrath concluyó que:

los autores que no eran especialmente violentos, aunque sostienen que había relativamente poca violencia en la frontera, indican, sin embargo, que las condiciones únicas de la frontera que los autores que eran violentos enumeran estaban presentes, y creen que esas condiciones deberían haber provocado la violencia. El hecho de que esas condiciones no lo hicieran sugiere que en realidad podrían haber promovido la paz, aunque ninguno de los autores de "la frontera no era tan violenta" propone esa relación.⁸⁵

Pero esto no es del todo exacto. Como explican los historiadores económicos Terry Anderson y P. J. Hill

El Oeste durante esta época se percibe a menudo como un lugar de gran caos, con poco respeto por la propiedad o la vida. Nuestra investigación indica que no fue así; los derechos de propiedad estaban protegidos y prevalecía el orden civil. Los organismos privados proporcionaban la base necesaria para una sociedad ordenada en la que se protegía la propiedad y se resolvían los conflictos. Estas agencias a menudo no se calificaban como gobiernos porque no tenían el monopolio legal de "mantener el orden". Pronto descubrieron que la "guerra" era una forma costosa de resolver los conflictos y surgieron métodos de resolución de menor coste (arbitraje, tribunales, etc.). En resumen. ...una caracterización del Oeste americano como caótico parece ser incorrecta.⁸⁶

Anderson y Hill ilustraron el papel de los acuerdos privados en la elaboración y aplicación de la ley en el Oeste americano examinando la literatura histórica y los registros de la ley establecida por los clubes de reclamación de tierras, las asociaciones de ganaderos, las caravanas y los campamentos mineros. Su análisis es coherente con el breve análisis de los sistemas de derecho consuetudinario del capítulo 2.

La justicia de vigilancia como respuesta al fracaso de la ley gubernamental. En algunos lugares de la frontera occidental se establecieron gobiernos locales para sustituir la ley producida por el sector privado, y se nombró a la policía pública (por ejemplo, a los sheriffs). También aparecieron en escena funcionarios estatales y federales. Pero en varios casos esta aplicación de la ley por parte del gobierno fue tan ineficaz o corrupta que los ciudadanos privados tuvieron que restablecer la ley y el orden. Como escribió Alan Valentine, "si el pueblo tenía derecho a hacer sus propias leyes y a elegir a sus propios funcionarios, entonces, según la lógica pionera, el pueblo tenía derecho a cambiarlas o anularlas. Cuando estaban lo suficientemente excitados para hacerlo, no estaban dispuestos a perder el tiempo en puntos finos de procedimiento o a mostrar mucha deferencia a un oficial de la ley que protestara".⁸⁷ Quizás los casos más conocidos de este tipo ocurrieron en San Francisco. La mayoría de las leyes de San Francisco a finales de la década de 1840 y principios de la de 1850 se elaboraron a través de asambleas populares de ciudadanos.⁸⁸ Sin embargo, la aplicación

de la ley por parte del gobierno se instituyó pronto, por lo que cualquier persona acusada de un delito tenía que ser arrestada por el sheriff contratado públicamente y esperar un juicio en el siguiente Tribunal de Sesiones, que se reunía cada dos meses en la sede del condado. Los abogados a menudo conseguían que los juicios se retrasaran, y como las instalaciones de la cárcel eran escasas o inexistentes "los aplazamientos casi siempre significaban que el acusado sería puesto en libertad si no se había escapado antes"⁸⁹. Los testigos tenían que pagar sus propios gastos; y dados los retrasos, muchos no esperaban al juicio. Con el aumento de la población de San Francisco durante la fiebre del oro, las cosas empezaron a descontrolarse. En palabras de Valentine:

A medida que se veían cada vez más acosados por la delincuencia y los incendios, los sanfranciscanos estaban cada vez más dispuestos a sacrificar el procedimiento legal por la justicia elemental y la seguridad. La situación empeoraba, no mejoraba, a medida que nuevos delincuentes se instalaban y más y mayores incendios recorrían la ciudad. Los mejores ciudadanos se debatían entre dos temores: el miedo a que nada que no fueran los tribunales populares pudiera hacer frente a la delincuencia y el miedo a que los tribunales populares degeneraran en turbas de linchamiento, dirigidas por los peores elementos de la ciudad. . . .

Muchos de los ciudadanos más respetables creían que el único compromiso entre el crimen desenfrenado y el linchamiento desenfrenado era un tribunal popular organizado y estable que pudiera ser controlado por los mejores elementos de la ciudad. . . .

Los sanfranciscanos querían algo mejor que una justicia chapucera, ya fuera legal o popular, pero sobre todo querían que se redujera el crimen.⁹⁰

La prensa de la ciudad instaba a tomar medidas drásticas a principios de 1849, pero los ciudadanos de San Francisco se contuvieron hasta febrero de 1851.

El 19 de febrero de 1851, el propietario de una tienda de ropa de San Francisco fue robado y golpeado. El sheriff arrestó a dos hombres y los acusó. Un gran número de personas se reunió al día siguiente ante las oficinas de la ciudad, exigiendo una rápida acción contra los acusados. Algunos oradores abogaron por el ahorcamiento inmediato, pero uno, William T. Coleman, se impuso. Dijo a los funcionarios públicos,

No lo dejaremos en manos de los tribunales. La gente de aquí no confía en sus promesas y, por desgracia, no confía en la ejecución de la ley por parte de sus funcionarios. Las cosas han ido demasiado lejos. Propongo que los presentes se constituyan en tribunal. ...que los prisioneros sean llevados ante él. Que se tomen testimonios y se asignen abogados a cada lado. ...si los prisioneros son declarados inocentes, que sean liberados, pero si son culpables, que sean colgados... . . ¡No queremos una turba! ¡No queremos una turba! ¡Organicémonos como hombres de bien!⁹¹

Se eligió un comité de catorce ciudadanos prominentes, entre ellos Coleman, para que se hiciera cargo del caso. Las autoridades judiciales fueron invitadas a participar, pero declinaron, aunque no opusieron resistencia y entregaron a los prisioneros. El comité constituyó un jurado y nombró a tres jueces y un secretario. Se nombró a dos abogados de "gran prestigio" para representar a los prisioneros; Coleman actuó como fiscal. Después de escuchar el caso, el jurado votó por nueve culpables y tres por la absolución. Los prisioneros fueron devueltos a las autoridades. Sin embargo, el ímpetu de una organización de vigilantes ya estaba en marcha.

En mayo de 1851, se organizó una fuerza de voluntarios para "ayudar" a los funcionarios de la ciudad a descubrir y detener a los delincuentes, con la cooperación "reacia" del sheriff. Unos 3.000 ciudadanos se reunieron a principios de junio durante el juicio de un presunto pirómano, y durante los días siguientes pequeños grupos de empresarios comenzaron a reunirse y a discutir la posibili-

-dad de formar un "comité de vigilancia". Finalmente, se convocó a un "grupo selecto de ciudadanos responsables" y se formó un comité el 10 de junio de 1851. El 13 de junio, San Francisco Alta publicó una declaración del comité:

Considerando que se ha hecho evidente para los ciudadanos de San Francisco que no hay seguridad para la vida y la propiedad, ya sea bajo las regulaciones de la sociedad tal como existe en la actualidad, o bajo las leyes tal como se administran ahora, por lo tanto, los ciudadanos cuyos nombres se adjuntan, se unen en una asociación, para el mantenimiento de la paz y el buen orden de la sociedad y la preservación de las vidas y la propiedad de los ciudadanos de San Francisco, y se obligan cada uno a los demás, para hacer y realizar todos los actos legales para el mantenimiento de la ley y el orden, y para sostener las leyes cuando se administran fielmente y correctamente. Pero estamos decididos a que ningún ladrón, raterillo, incendiario o asesino escape al castigo ni por las argucias de la ley, ni por la inseguridad de las prisiones, ni por la laxitud de los que PRETENDEN administrar la justicia.⁹²

El comité emprendió su primera acción incluso antes de que apareciera la declaración. La noche siguiente a la organización del grupo, John Jenkins fue sorprendido robando una caja fuerte de una oficina. Dos vigilantes colaboraron en la captura y llevaron al prisionero a su sede. Inmediatamente se organizó un juicio, y Jenkins fue condenado fácilmente. La pena establecida por la ley de California para el hurto mayor era la muerte, y Jenkins fue ahorcado. Sólo hubo una resistencia simbólica por parte de los funcionarios públicos. Un jurado forense dictaminó que Jenkins había muerto como consecuencia de medios violentos y que el comité era culpable del crimen, pero los funcionarios públicos de San Francisco no tomaron ninguna medida para actuar según el veredicto del jurado.

El caso Jenkins fue sólo el primer paso de los vigilantes en su empeño por eliminar la delincuencia de San Francisco. Una de las fuentes de delincuentes en California eran las colonias penales británicas en Australia. Los vigilantes, aparentemente con permiso de las autoridades federales, empezaron a subir a cada barco que entraba en el puerto desde Australia para examinar los papeles de cualquiera que quisiera desembarcar. Si alguien no tenía un permiso expedido por el cónsul estadounidense en Sidney, no se le permitía entrar en San Francisco. El comité también invocó una antigua ley mexicana que prohibía la admisión en el territorio de cualquier persona condenada previamente por un delito en otro país. Muchos residentes de la ciudad fueron examinados por el comité y expulsados de la ciudad. Muchos otros simplemente se marcharon para evitar el proceso. "No había duda", concluyó Valentine, "de que los vigilantes se habían convertido en la fuerza más poderosa de la ciudad y tenían el apoyo de la mayoría de los ciudadanos".⁹³

El 21 de agosto, el comité de vigilantes se preparaba para colgar a dos criminales condenados cuando el sheriff y un pequeño grupo de policías llegaron con una orden de habeas corpus conseguida a petición del gobernador⁹⁴. Dos días después, un grupo organizado de treinta y seis vigilantes fue a la cárcel, sacó a los dos prisioneros y los ahorcó.

Este doble ahorcamiento fue el último acto importante del comité. Había ahorcado a cuatro hombres, desterrado a otros de la ciudad y asustado a otros más.⁹⁵ El comité realizó oficialmente 91 arrestos durante sus cien días.⁹⁶ Además de los cuatro ahorcados, uno fue azotado, catorce fueron deportados a Australia y a catorce se les ordenó informalmente que abandonaran California. Quince fueron entregados a las autoridades públicas, y cuarenta y uno fueron dados de baja (otros dos de los que no consta ninguna decisión fueron aparentemente dados de baja). George Stewart concluyó:

El registro es elocuente en sí mismo. Habla de la moderación y del intento de hacer justicia. No hubo ahorcamientos masivos, ni hombres abatidos en la calle. No hubo ninguna de las sombrías tonterías: "¡Denle un juicio justo y luego cuélguenlo!". Ser arrestado no significaba que un hombre estuviera ya condenado, sino sólo que se le juzgaba, con una probabilidad media de ser absuelto limpiamente.⁹⁷

Pero esta "moderación" era evidentemente más eficaz que el sistema de aplicación de la ley pública. "La delincuencia había disminuido tan rápidamente que, al menos durante unos meses, San Francisco fue una ciudad de orden y seguridad normales".⁹⁸

El comité anunció que suspendería su acción a partir del 16 de septiembre de 1851. Se nombró un comité ejecutivo para que actuara como "vigilante del orden público", pero sólo llevó a cabo dos acciones y ambas fueron en apoyo de los funcionarios de la ciudad. El impacto disuasorio de las acciones de los vigilantes en 1851 fue efímero. "En la primavera de 1855 la administración de la ciudad se había vuelto tan corrupta y el crimen tan frecuente de nuevo que el Heraldo pidió que volvieran los buenos y vigorosos días del comité de vigilancia".⁹⁹

Entre noviembre de 1855 y mayo de 1856, se cometieron más de cien asesinatos en San Francisco. Uno de ellos ocurrió el 17 de noviembre de 1855, cuando un político maquinista llamado Charles Cora disparó y mató al mariscal de Estados Unidos William Richardson. Cora fue arrestado, pero no se preocupó mucho. El alguacil era uno de sus "compinches", y los mejores abogados de la ciudad habían sido contratados para defenderlo. James King de William, editor del Bulletin y antiguo vigilante, informó de que se habían gastado 40.000 dólares para conseguir la absolución de Cora. El juicio se celebró el 3 de enero de 1856, pero "el jurado estaba arreglado, los testigos estaban ensayados en el perjurio y los procedimientos fueron una farsa". El día diecisiete el jurado informó de su desacuerdo, tal y como había planeado Cora, y fue descargado.¹⁰⁰

El 14 de mayo de 1856, el Bulletin informó que James Casey, un supervisor de la ciudad, había sido un convicto en Sing Sing. Cuando Casey fue a la oficina del Bulletin y se enfrentó al editor, King le ordenó que saliera de la oficina y le dijo que no volviera. Esa tarde, Casey disparó al editor cuando King se dirigía a su casa, y esa noche se reactivó el comité de vigilancia cuando unos diez mil ciudadanos se reunieron en las calles exigiendo que se actuara. William Coleman fue elegido para dirigir el nuevo comité y en dos días se inscribieron 5.500 miembros.¹⁰¹ Casey había sido arrestado y estaba detenido en la cárcel de la ciudad. El 18 de mayo, 500 vigilantes marcharon a la cárcel armados con rifles y bayonetas. Coleman amenazó con destruir la cárcel a cañonazos si tanto Casey como Cora no eran entregados al comité.

Cora fue juzgada el 20 de mayo ante el tribunal de vigilantes por el asesinato de Richardson. James King de William murió esa tarde y Casey también fue a juicio. Ambos políticos fueron declarados culpables de asesinato y condenados a la horca. Pero "no se trataba de una farsa judicial ni de un linchamiento de la turba".¹⁰² Los acusados habían elegido su propio abogado y el jurado había llegado a un veredicto unánime. Los dos hombres fueron colgados a las pocas horas del funeral de King. El comité permaneció activo durante otros tres meses, y su número de miembros aumentó a 8.000 (durante esos tres meses hubo dos asesinatos en San Francisco).

El 18 de agosto de 1856, el comité de vigilancia se disolvió. La dirección era muy popular y se instó a William Coleman a aceptar una candidatura al Senado. El London Times observó: "Es raro que las autoridades autoconstituidas se retiren con gracia y dignidad, pero se debe decir que el comité de vigilancia lo ha hecho".¹⁰³ Tal vez la observación de Stewart sobre el comité de 1851 sea aún más apropiada para el comité de 1856. Concluyó que el comité era "notable, no tanto por lo que hizo como por lo que no hizo". En el contexto de todas las ejecuciones y asesinatos de la historia, el ahorcamiento de cuatro bribones es insignificante. Debemos recordar más bien que el Comité no cedió a las tentaciones del poder y no llevó su revolución a una conclusión lógica.¹⁰⁴

Se podrían contar historias similares sobre otras comunidades del Oeste americano. Henry Plummer, el sheriff de Bannack, Montana, en 1863, fue también el organizador de "una intrincada red de bandidos, agentes y escondites en el suroeste de Montana".¹⁰⁵ Plummer participó en numerosos robos y fue responsable de varias muertes. Cuando los ciudadanos finalmente organizaron su justicia de vigilantes, colgaron a Plummer y a veintiuno de su banda, desterraron a varios otros de la zona y asustaron a la mayoría del resto. Los tribunales de vigilantes de Montana eran menos formales que los de San Francisco, pero "tenían un buen liderazgo y rara vez actuaban salvo en casos extremos. Normalmente daban al acusado la oportunidad de exculparse si podía. ...los comités de vigilancia [de Montana] surgieron por la necesidad de la frontera. Cuando la necesidad de ellos pasó, se desvanecieron silenciosa y rápidamente".¹⁰⁶

Por lo general, los movimientos de vigilancia implicaban a ciudadanos respetuosos con la ley que la aplicaban y restablecían el orden. Quienes consideran que un movimiento de vigilancia en cualquier circunstancia es un ejemplo de anarquía son víctimas de uno de los más graves defectos del argumento de que la ley y su aplicación deben ser monopolizadas por el gobierno. Cuando la ley es sólo lo que el gobierno dice que es, entonces los vigilantes parapoliciales son siempre anárquicos y merecen ser "reprimidos por la fuerza". Esto implica el argumento de que la ley debe ser monopolizada, en el que parece que "no se reconoce que. . .una única fuente de poder legal. . .pueda ser ejercido de manera tan inepta o corrupta que no se logre un sistema legal efectivo".¹⁰⁷ Pero los funcionarios del gobierno tienen una obligación recíproca con el deber, al igual que los ciudadanos. Como explicó Lon Fuller:

Si aceptamos el punto de vista de que el propósito central de la ley es proporcionar líneas de base para la interacción humana, entonces se hace evidente por qué la existencia de la ley promulgada como un sistema que funciona efectivamente depende del establecimiento de expectativas interactivas estables entre el legislador y el sujeto. Por un lado, el legislador debe ser capaz de anticipar lo que la ciudadanía en su conjunto aceptará como ley y observar en general el conjunto de normas que ha promulgado. Por otro lado, el sujeto de derecho debe ser capaz de prever que el propio gobierno cumplirá sus propias normas declaradas. . . . Un grave fracaso en la realización de cualquiera de estas anticipaciones -del gobierno hacia los ciudadanos y de los ciudadanos hacia el gobierno- puede tener como resultado que el código más cuidadosamente redactado no se convierta en un sistema de derecho que funcione.¹⁰⁸

Además, el reconocimiento de un sistema de derecho se rompe cuando no se mantienen las reciprocidades, ya sea que éstas se hayan establecido a través del parentesco, el contrato o la legislación. Una ruptura suficiente "debe -si hemos de juzgar el asunto con alguna racionalidad- liberar a los hombres de aquellos deberes que tenían como única razón de ser el mantenimiento de un patrón de interacción social que ahora ha sido destruido".¹⁰⁹ Esta ruptura del sistema legal respaldado por el gobierno se produjo en San Francisco y en la mayoría de los otros lugares donde se llevaron a cabo acciones de vigilancia. Sin embargo, es importante destacar que esto no dio lugar a la anarquía. El derecho consuetudinario seguía prevaleciendo, y surgieron acuerdos privados para hacer cumplir esa ley.

CONCLUSIONES:

la Costumbre como constitución tácita

La percepción generalizada de que el gobierno debe establecer y aplicar la ley es un fenómeno reciente. Cuando la ley gubernamental no estaba disponible o no era deseable para una comunidad concreta, las opciones privadas llenaban el vacío. Los movimientos de vigilantes, tan comunes en el Oeste americano, y la decisión de muchos de establecer y aplicar sus propias leyes basadas en las

costumbres, ilustran un punto importante sobre un sistema legal válido. Los justicieros restablecieron la ley cuando los funcionarios del gobierno eran ineficaces o corruptos y, por tanto, violaban la ley. El poder de la ley no es absoluto, incluso cuando está en manos de una autoridad gubernamental. Como observó Hayek, "la lealtad sobre la que descansa esta soberanía [normas establecidas por una legislatura, o gobierno] depende de que el soberano satisfaga ciertas expectativas sobre el carácter general de esas normas, y se desvanecerá cuando esta expectativa sea defraudada. En este sentido, todo poder descansa en la opinión y está limitado por ella".¹¹⁰

El derecho gubernamental no es primordial, y existe alguna limitación implícita al poder o a la autoridad. Es probable que este hecho no se perciba ampliamente hoy en día; es una fuerza firmemente establecida en la cultura estadounidense y forma parte claramente de nuestro derecho consuetudinario. Durante la Revolución Americana, los revolucionarios optaron por establecer su propia ley, y desde entonces ha sido habitual un "vigilantismo" similar. Como en el caso de Fuller:

todo tipo de poder social, ya sea designado como formal o real, está sujeto a una constitución implícita que limita su ejercicio. . . . Cuando hablamos del poder como un aspecto de las relaciones sociales, queremos decir que el titular del poder, A. . . tiene la capacidad de controlar las acciones de B en determinados aspectos. En otras palabras, A está en posición de aprovecharse de la capacidad de autodirección de B y de moldear el ejercicio de esa capacidad por parte de B para sus propios fines, que pueden incluir, por supuesto, el de beneficiar a B. El hecho de que A deba dejar en la dirección de su poder algún remanente, al menos, de su capacidad de autodirección [de B] introduce en toda relación de poder un elemento de reciprocidad, aunque la reciprocidad pueda ser muy desagradable para A. . . . Sin embargo, este elemento de reciprocidad está siempre presente y puede, bajo condiciones cambiantes, aumentar su fuerza.¹¹¹

Así, la "constitución implícita" emana de la reciprocidad, al igual que el reconocimiento del deber (y, por tanto, del derecho) en general.

El derecho consuetudinario refleja las normas de quienes eligen funcionar en el orden social particular "regido" por esas leyes. En un sentido muy real, pues, ese derecho consuetudinario es un "contrato social" o "constitución" adoptado por unanimidad. Establece las normas que son la base del orden social espontáneo. Este contrato social evoluciona y se adapta a las condiciones sociales cambiantes. Incluso cuando las personas consienten en vivir bajo la autoridad de un gobierno, la reciprocidad exige que ese gobierno cumpla efectivamente ciertas obligaciones.

Nuestro gobierno tiene un papel primordial en la elaboración de leyes y el mantenimiento del orden. Pero eso no significa que los individuos hayan consentido el desarrollo de las instituciones jurídicas gubernamentales y el creciente dominio del sector privado, o que el gobierno sea mejor que las instituciones privadas y su derecho consuetudinario. Además, hay que tener en cuenta que la autoridad puede concederse como parte de un acuerdo recíprocamente beneficioso, en el que dicha autoridad está implícita o explícitamente limitada, o puede tomarse mediante la coacción y la fuerza. Como sugirió Fuller, los que tienen el poder a menudo prefieren no reconocer ningún deber recíproco de su parte; y a medida que se toma más y más poder, los deberes recíprocos del gobierno se reducen: el contrato social se debilita. Pero "incluso la elaboración de leyes de un dictador suele sufrir algún tipo de acomodación a las demandas expresadas tácitamente en el descontento rumoroso".¹¹² Si incluso un gobierno muy poderoso no cumple con sus obligaciones o toma más de lo que los ciudadanos están dispuestos a dar, se produce la revolución (o el vigilantismo). De hecho, el auge de la ley gubernamental en Inglaterra y Estados Unidos reflejó un esfuerzo gradual pero casi continuo por conseguir un mayor poder por parte de los gobernantes ante la resistencia continua pero gradualmente debilitada de los ciudadanos.¹¹³

NOTAS

1. Véase, por ejemplo, Gary S. Becker, *The Economics of Discrimination* (Chicago: University of Chicago Press, 1957); Jennifer Roback, "Southern Labor Law in the Jim Crow Era: ¿Explotación o competencia?" *University of Chicago Law Review* 51 (otoño de 1984): 1161-1192.
2. David Friedman, *La maquinaria de la libertad: Guía del capitalismo radical* (Nueva York: Harper and Row, 1973), pp. 168-169.
3. *Ibidem*, p. 169.
4. *Ibidem*, pp. 169-170.
5. Véase Harold Demsetz, "Two Systems of Belief About Monopoly", en *Industrial Concentration: The New Learning*, ed. H. J. Goldschmid, H. M. Mann y J. F. Weston (Boston: Little, Brown and Co., 1974).
6. Truett A. Ricks, Bill G. Tillett y Clifford W. Van Meter, *Principles of Security* (Cincinnati: Criminal Justice Studies, Anderson Publishing Co., 1981); Frank Morn, *The Eye that Never Sleeps* (Bloomington: Indiana University Press, 1982).
7. Friedman, *The Machinery of Freedom*, p. 170.
8. Murray N. Rothbard, *Power and Market: Government and the Economy* (Kansas City: Sheed Anderson and McMeel, Inc., 1970), p. 6.
9. Un argumento similar contra la privatización es que sin gobierno no habría ley ni orden. Para ver opiniones al respecto, véase E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1954), p. 294; Walter Goldschmid, "Ethics and the Structure of Society: An Ethnological Contribution to the Sociology of Knowledge", *American Anthropologist* 53 (octubre/diciembre de 1951): 506-524; Bruce L. Benson, "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies: Law Without Government", *Journal of Libertarian Studies* 9 (invierno de 1989): 1-26; R. F. Barton, "Procedure Among the Ifugao", en *Law and Warfare*, ed., Paul Bohannon (Garden City). Paul Bohannon (Garden City, N.Y.: The Natural History Press, 1967); David Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case", *Journal of Legal Studies* 8 (marzo de 1979): 399-415; Joseph R. Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law", *Journal of Libertarian Studies* 1 (1977): 81-95; Leon E. Trakman, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law* (Littleton, Colo.: Fred B. Rothman and Co., 1983); Bruce L. Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", *Southern Economic Journal* 55 (enero de 1989): 644-661; Robert K. Yin, Mary E. Vogel, Jan N. Chaiken y Deborah R. Both, *Citizen Patrol Projects* (Washington, D.C.: National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, Law Enforcement Assistance Administration, U.S. Department of Justice, 1977), p. iii.
10. William M. Landes y Richard A. Posner, "Adjudication as a Private Good", *Journal of Legal Studies* 8 (marzo de 1979): 237.
11. Lon L. Fuller, *The Principles of Social Order* (Durham, N.C.: Duke University Press, 1981), p. 246.
12. *Ibidem*, p. 246.
13. John R. Umbeck, *A Theory of Property Rights: With Application to the California Gold Rush* (Ames: Iowa State University, 1981), p. 9.
14. Trakman, *The Law Merchant*.
15. *Ibid.*, p. 10; William C. Woodbridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man* (New Rochelle, N.Y.: Arlington House, 1970), p. 96.
16. Véase Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law"; Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law".
17. Gustave de Molinari, "De la Production de la Sécurité", *Journal des Économistes* (febrero de 1849): 277-290, traducido como *The Production of Security*, trans. J. Huston McCulloch (Nueva York: Center for Libertarian Studies, 1977), pp. 13-14.
18. Randy Barnett, "Pursuing Justice in a Free Society, Part One: Power vs. Liberty". *Criminal Justice Ethics* 4 (invierno/primavera de 1985).
19. Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983), p. 10.
20. *Ibidem*, p. 274.
21. Richard Neely, *Why Courts Don't Work* (Nueva York: McGraw-Hill, 1982), pp. 56-57.
22. Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press, 1964), pp. 124-125.
23. Véase también Leopold Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory* (Nueva York: Harper and Row, 1971), pp. 125-126.
24. Landes y Posner, "Adjudication as a Private Good", p. 239.
25. *Ibidem*, p. 259.
26. Rothbard, *Power and Market*, p. 4.
27. Steven Lazarus, et al., *Resolving Business Disputes: The Potential for Commercial Arbitration* (Nueva York: American Management Association, 1965), p. 29.
28. Berman, *Law and Revolution*, p. 10.
29. Véase, por ejemplo, "Private Police Forces in Growing Demand", *U.S. News and World Report*, 29 de enero de 1983, pp. 54-56.
30. Norman K. Bottom y John Kostanoski, *Security and Loss Control* (Nueva York: Macmillan Publishing Co., 1983), p. 31.
31. Philip E. Fixler, Jr., "¿Puede la privatización resolver la crisis penitenciaria?" *Fiscal Watchdog* 9 (abril de 1984): 3.
32. Ver Landes y Posner, "Adjudication as a Private Good", p. 241.
33. Martin Tolchin, "Private Courts with Binding Rulings Draw Interest and Some Challenges", *The New York Times*, 12 de mayo de 1985, p. 38; Bob de Sando, "Rented Scales of Justice Ends Wait for Day in Court", *The Asbury Park Press*, 23 de junio de 1986, p. A2.
34. "Crime Pays", *60 Minutes*, vol. 16, no. 11 (CBS Television Network, 25 de noviembre de 1984), p. 12.
35. De Sando, "Rented Scales of Justice", p. A2.
36. Bottom y Kostanoski, *Security and Loss Control*, p. 31.
37. Landes y Posner, "The Private Enforcement of Law", pp. 26-27.
38. George Smith, "Justice Entrepreneurship in a Free Market", *Journal of Libertarian Studies* 3 (invierno de 1979): 413.
39. "Inmate Killed in Texas Prison Violence", *Billings Gazette*, 14 de octubre de 1984, p. A3.
40. Fixler, "Can Privatization Solve the Prison Crisis?" p. 1.
41. Kirk Spitzer, "Care Crumbles Behind Prison Walls, Report Finds", *Tallahassee Democrat*, 9 de junio de 1985, 1A.
42. Edward Iwata, "Rent-a-Cops on Trial", *This World*, 18 de marzo de 1984, p. 10.
43. Departamento de Justicia de California, *Homicide in California, 1981* (Sacramento: Bureau of Criminal Statistics and Special Services, 1981).
44. James S. Kakalik y Sorrel Wildhorn, *Current Regulation of Private Police: Regulatory Agency Experience and Views* (Santa Monica, Calif.: The Rand Corporation, 1971).
45. Friedman, *The Machinery of Freedom*, pp. 171-172.
46. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 35.
47. Rodney H. Mabry, Holly H. Ulbrich, Hugh H. Macauley y Michael T. Maloney, *An Economic Investigation of State and Local Judiciary Services* (Washington, D.C.: National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, Law Enforcement Assistance Administration, Department of Justice, 1977), p. 83.
48. *Ibid.*
49. Para un ligero giro en este argumento, véase Landes y Posner, "Adjudication as a Private Good", p. 254.
50. *Ibidem*, p. 255.
51. E. Adamson Hoebel, "Law-Ways of the Comanche Indians", en *Law and Warfare*, ed., Paul Bohannon (Garden City, Reino Unido). Paul Bohannon (Garden City, N.Y.: The Natural History Press, 1967); Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law"; Peden, "Property Rights in Celtic

Irish Law".

52. Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law", p. 406.
53. Véase, por ejemplo, Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law"; Barton, "Procedure Among the Ifugao"; Benson, "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies".
54. Smith, "Justice Entrepreneurship in a Free Market", pp. 413-414.
55. Véase, por ejemplo, Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law"; Trakman, *The Law Merchant*.
56. Citado en *Justice Without Law*, una producción del Departamento de Actualidad de KQED, Canal 9, San Francisco, 19 de diciembre de 1984, p. 26.
57. "Private Everything", *New York Times*, 20 de octubre de 1980, p. D3.
58. Kenneth Jost, "Renting Judges in California", *Los Angeles Daily Journal*, 12 de julio de 1981.
59. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 140.
60. *Ibid.*
61. John R. Lott, Jr., "Should the Wealthy Be Able to 'Buy Justice'?" *Journal of Political Economy* 95 (diciembre de 1987).
62. Gary Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy* 78 (marzo/abril de 1968): 198.
63. Lott, "¿Deberían los ricos poder 'comprar la justicia'?"
64. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 122.
65. Véase Bruce L. Benson, "The Evolution of Law: Custom Versus Authority" (manuscrito, Florida State University, Tallahassee, FL); Jerold S. Auerbach, *Justice Without Law* (Nueva York: Oxford University Press, 1983).
66. Véase Alan Valentine, *Vigilante Justice* (Nueva York: Reynal and Co., 1956), p. 10.
67. Terry Anderson y P. J. Hill, "An American Experiment in Anarcho-Capitalism: The Not So Wild, Wild West", *Journal of Libertarian Studies* 3 (1979): 27.
68. Roger D. McGrath, *Gunfighters, Highwaymen and Vigilantes: Violence on the Frontier* (Berkeley: University of California Press, 1984), p. 259.
69. Véase *ibidem*, pp. 201-227, para una revisión más detallada de gran parte de la literatura discutida en esta sección.
70. Mabel A. Elliot, "Crime on the Frontier Mores", *American Sociological Review* 9 (abril de 1944): 189.
71. R. W. Mondy, "Analysis of Frontier Social Instability", *Southwestern Social Science Quarterly* 24 (septiembre de 1943): 167-177.
72. Gilbert Geis, "Violence in American Society", *Current History* 52 (junio de 1967): 357.
73. Joe B. Frantz, "The Frontier Tradition: An Invitation to Violence", en *The History of Violence in America*, ed. Hugh D. Graham y Ted R. Gurr (Nueva York: New York Times Books, 1969), pp. 127-154.
74. Henry S. Drago, *The Great Range Wars: Violence and the Grasslands* (Nueva York: Dodd, 1970).
75. Véase McGrath, *Gunfighters, Highwaymen and Vigilantes*, p. 264; Walter N. Burns, *The Saga of Billy the Kid* (Garden City, N.Y.: Doubleday, 1926); Stuart N. Lake, *Wyatt Earp: Frontier Marshall* (Boston: Houghton Mifflin, 1931); William E. Connelley, *Wild Bill and His Era* (Nueva York: The Press of the Pioneers, 1933).
76. Richard Maxwell Brown, *Strain of Violence: Historical Studies of American Violence and Vigilantism* (Nueva York: Oxford University Press, 1975).
77. William C. Holden, "Law and Lawlessness on the Texas Frontier 1875-1890", *Southwestern Historical Quarterly* 44 (octubre de 1940): 188-203.
78. *Ibidem*, p. 196.
79. McGrath, *Gunfighters, Highwaymen and Vigilantes*, pp. 270-271.
80. W. Eugene Hollon, *Frontier Violence: Another Look* (Nueva York: Oxford University Press, 1974), p. x.
81. Frank R. Prassel, *The Western Peace Officer* (Norman: University of Oklahoma Press, 1972), p. 22.
82. *Ibidem*, p. 23.
83. Hollon, *Frontier Violence*, p. 125.
84. Véase Lynn I. Ferrigo, "Law and Order in Early Colorado Mining Camps", *Mississippi Valley Historical Review* 28 (1941): 41-62; Robert R. Dykstra, *The Cattle Towns* (Nueva York: Knopf, 1968).
85. McGrath, *Gunfighters, Highwaymen and Vigilantes*, pp. 270-271.
86. Anderson y Hill, "An American Experiment in Anarcho-Capitalism", p. 9.
87. Valentine, *Vigilante Justice*, p. 13.
88. Ver también Anderson y Hill, "An American Experiment in Anarcho-Capitalism"; John R. Umbeck, *A Theory of Property Rights With Application to the California Gold Rush* (Ames, Iowa: Iowa State University Press, 1981); Benson, "The Evolution of Law". Las leyes se aplicaban y adjudicaban de la misma manera en los campamentos mineros, pero San Francisco estableció un sistema gubernamental de aplicación de la ley.
89. Valentine, *Vigilante Justice*, p. 28.
90. *Ibidem*, pp. 28-29.
91. Citado en *ibidem*, p. 48.
92. Citado en *ibidem*, p. 68.
93. *Ibidem*, p. 74.
94. *Ibid.*
95. *Ibidem*, p. 75.
96. George R. Stewart, *Committee of Vigilance: Revolution in San Francisco, 1851* (Boston: Houghton Mifflin Company, 1964), p. 319.
97. *Ibid.*
98. Valentine, *Vigilante Justice*, p. 78.
99. Wayne Gard, *Frontier Justice* (Norman, Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1949), p. 161, citando el *San Francisco Herald*, 22 de abril de 1855.
100. *Ibidem*, p. 162.
101. *Ibidem*, p. 163. Valentine, *Vigilante Justice*, p. 131.
102. Citado en Gard, *Frontier Justice*, p. 166.
103. Stewart, *Committee of Vigilance*, p. 316.
104. Gard, *Frontier Justice*, p. 171.
106. *Ibidem*, p. 188.
107. Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press, 1964), p. 157.
108. Lon L. Fuller, *Principles of Social Order* (Durham, N.C.: Duke University Press, 1981), pp. 235-236. Énfasis añadido.
109. Fuller, *The Morality of Law*, p. 22.
110. F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1 (Chicago: University of Chicago Press, 1973), p. 92.
111. Fuller, *The Principles of Social Order*, p. 195.
112. *Ibidem*, p. 172.
113. Para más detalles, véase el capítulo 3 y Benson, "The Evolution of Law".

QUINTA PARTE

DEL DERECHO AUTORITARIO
AL DERECHO PRIVADO

CAPÍTULO 12

BARRERAS POLITICAS A LA PRIVATIZACION

He sostenido que no es válido justificar la intervención del Estado en los ámbitos relacionados con la ley y el orden alegando fallos en el mercado, especialmente cuando observamos el alto índice de fracaso del Estado en estas áreas. Es más, hay mucho que ganar con la privatización. Aunque el sistema jurídico resultante no fuera perfecto, sería considerablemente más eficaz, competente y equanime que el sistema actual. En la práctica, sin embargo, los argumentos teóricos a favor de la privatización, e incluso los ejemplos suministrados por los éxitos del sector privado, no sirven para avanzar en la reducción de la intervención estatal en la justicia. Hay que tener en cuenta las barreras políticas que la privatización se imponen antes de realizar algún progreso digno de consideración.

La privatización de la ley y el orden implica dos procesos distintos: 1) aumento de los recursos de propiedad privada y asignados a la protección de las personas y la propiedad, incluido el establecimiento y la aclaración de los derechos de propiedad mediante la elaboración de normas y la adjudicación; y 2) disminución de los recursos controlados públicamente dedicados a los mismos fines. Puede haber resistencia a estos dos procesos, pero dado el ingenio del sector privado para innovar en los medios de sortear las barreras legislativas, es probable que se produzcan avances bastante significativos en el aumento de los recursos privados asignados a la ley y el orden. Algunos componentes de este proceso probablemente se producirán mucho más rápidamente que otros. El equipamiento y los servicios privados de protección contra los delitos violentos y contra la propiedad deberían seguir aumentando. La resolución privada de conflictos debería seguir siendo una industria de rápido crecimiento. Las leyes consuetudinarias producidas de forma privada también desempeñarán un papel importante, surgiendo en parte a través de los procesos privados de resolución de conflictos. Pero los obstáculos para una rápida reducción de los recursos controlados públicamente que se utilizan en la aplicación de la ley, la elaboración de leyes y las correcciones parecen ser más sustanciales. En otras palabras, es probable que la reducción del sector público se enfrente a una fuerte resistencia.

La oposición a reducir el papel del Estado

Las principales fuerzas que se opondrán a la reducción del papel del sector público en el orden público son las mismas que generaron su rápido crecimiento. Los grupos de interés que han exigido un papel cada vez mayor del gobierno se resistirán a cualquier reducción de ese papel. Al mismo tiempo, gran parte del coste derivado de la expansión del gobierno ha sido asumido por individuos no organizados y políticamente ineficaces; las mismas personas siguen siendo relativamente ineficaces políticamente a la hora de presionar para que se reduzca el gobierno. Los grupos con mayor interés en la ley del gobierno y su aplicación serán los que más se opongan a su desmantelamiento.

Empleados públicos. El principal ámbito de crecimiento de la sindicalización es ahora el sector público. Entre 1960 y 1970, el número de miembros de los sindicatos de trabajadores públicos se duplicó, mientras que el número total de miembros de los sindicatos sólo aumentó un 14%.¹ Durante la década de 1970, el número total de afiliados a los sindicatos disminuyó en EE.UU., y la afiliación como porcentaje de los empleados se redujo drásticamente, pasando del 30% en 1970 al 24,7% en 1980.² Al mismo tiempo, la afiliación a los sindicatos de empleados públicos ha aumentado considerablemente. En 1960, alrededor de un tercio de todos los emplea-

-dos federales estaban sindicados; en 1979, el 60% de los trabajadores no postales y el 74% de los trabajadores postales pertenecían a sindicatos. Lo que es más significativo, en 1960 había aproximadamente un millón de miembros de sindicatos a nivel estatal y local.³ Esta cifra aumentó a más de cinco millones en 1979, cuando alrededor del 40% de todos los empleados de la administración estatal y local estaban organizados. Durante ese periodo, el empleo público total casi se duplicó.

Una de las áreas de más rápido crecimiento de la sindicalización del sector público ha sido la policía. En 1976, el 55% de todos los policías estaban organizados, con unos 255.000 miembros en varios sindicatos.⁴ El personal de las instituciones penitenciarias también se ha sindicado en mayor número. En 1978, la Federación Estadounidense de Empleados Estatales, Municipales y de Condados contaba con 20.000 miembros de los 75.000 empleados penitenciarios estatales del país; en 1986, la cifra había aumentado a 50.000.⁵ Además, otros sindicatos han captado y atraído activamente a miembros de los empleados de los centros penitenciarios, como el Sindicato Internacional de Empleados de Servicios y los Teamsters.⁶ Además, el personal policial y penitenciario cuenta con asociaciones organizadas (por ejemplo, Policemen's Benevolent Associations, varias asociaciones policiales estatales) que son políticamente activas.

Las relaciones laborales del sector público se institucionalizaron durante la década de 1970, y los sindicatos y sus representantes tienen ahora el derecho legal de expresar sus demandas y conferir en la configuración de las decisiones políticas. La rápida organización de los sindicatos del sector público ha permitido la acumulación de grandes cantidades de fondos que se han utilizado para presionar las demandas sindicales. Los sindicatos son fuertes, activos y eficaces en el ámbito político, e intentarán impedir o al menos retrasar cualquier programa que pueda reducir los salarios, la seguridad laboral o el número de puestos de sus miembros. Incluso la privatización parcial a través de la contratación se enfrenta a la oposición de los sindicatos. En palabras de Lyle Fitch, "una vez que un sindicato de empleados públicos ha conseguido un firme control sobre una función gubernamental, cualquier intento de escapar recurriendo a contratos privados será considerado como un golpe al sindicato y tratado en consecuencia".⁷

Los fondos recaudados a través de las cuotas significan que las tácticas disponibles para todos los grupos de interés organizados -lobby, campañas publicitarias, contribuciones y apoyo político, y demandas judiciales- están disponibles y son empleadas activamente por los sindicatos y asociaciones del sector público. Pero más allá de las tácticas políticas que puede utilizar cualquier grupo de interés, los empleados públicos tienen una fuerza adicional. Pueden amenazar o emprender acciones laborales para imponer sus exigencias a los responsables políticos. La policía tiene "gripe azul" y los trabajadores penitenciarios tienen "paros" y "encierros", aunque estas acciones sean ilegales en la mayoría de los estados.⁸ Por ejemplo, durante la primavera de 1975, el estado de Nueva York propuso cerrar una prisión, trasladar a 380 reclusos a otro centro y despedir a varios empleados de prisiones. El representante del sindicato convocó una rueda de prensa e informó de que "el cierre anunciado, el traslado de reclusos y los despidos de empleados propuestos representan una total irresponsabilidad fiscal y este sindicato no formará parte de ello".⁹ Los miembros del sindicato se negaron a realizar el trabajo necesario para el traslado de los reclusos y amenazaron con que, si los empleados eran sustituidos por "esquiroleros", el sindicato impediría el traslado. Como resultado, el centro no se cerró.¹⁰ En 1975, los funcionarios penitenciarios de Ohio, en huelga ilegal, impidieron que los camiones de reparto entraran en las prisiones, lo que obligó al estado a utilizar helicópteros de la guardia nacional para enviar los suministros necesarios.¹¹ Se pueden contar historias similares sobre las huelgas de la policía y las acciones laborales.

La amenaza que suponen los sindicatos de policías y funcionarios de prisiones suele ser aún más importante debido a la cooperación con otros empleados públicos sindicados. Por ejemplo, Massachusetts despidió a los funcionarios de prisiones en huelga en 1973, pero los funcionarios fueron readmitidos después de que el presidente de la Federación Americana de Empleados Estatales, Municipales y de Condados del estado amenazara con declarar una huelga de todos los empleados del estado.¹²

La mayor parte de la actividad política y de las acciones laborales de los sindicatos policiales y penitenciarios han sido de carácter económico, con demandas de aumento de salarios, jubilación anticipada, paga por discapacidad, baja por enfermedad, reducción de horarios, etc. También pueden influir otros factores, pero como informó Wynne "Las principales causas [de las huelgas de los empleados de las instituciones penitenciarias] parecen ser (1) cuestiones económicas y (2) cuestiones relativas a la seguridad y la protección, una cuestión especialmente compleja por la presencia de motivos encubiertos".¹³ Por ejemplo, un sindicato de empleados de prisiones puede tratar de impedir los programas basados en la comunidad y la desinstitucionalización (por ejemplo, los centros de reinserción) por una preocupación expresa por la "seguridad pública", pero el hecho es que esos programas dan lugar a una necesidad relativamente reducida de instalaciones penitenciarias y de puestos de trabajo institucionales. Tal vez todas estas demandas representen una verdadera preocupación por la seguridad pública, pero hay que reconocer al menos los posibles motivos de interés propio.

La contratación externa en los centros penitenciarios es una amenaza reciente para los empleados de las prisiones, pero sus sindicatos ya expresaron su oposición en 1976.¹⁴ Los sindicatos penitenciarios se han opuesto activamente a prácticamente cualquier programa nuevo que reduzca la función tradicional de custodia de las instituciones penitenciarias públicas, por lo que cabe prever una fuerte oposición a la subcontratación (especialmente en los centros existentes). Y cualquier medida para eliminar las instalaciones públicas en favor de un sistema totalmente privado se encontrará con una oposición violenta.

La amenaza que se percibe para la policía pública con la subcontratación es probablemente mucho menor que para los funcionarios de prisiones. No obstante, las organizaciones de la policía pública han reaccionado a los esfuerzos de contratación tanto en Arizona como en Ohio (véase el capítulo 8). La amenaza de la contratación es mucho más evidente en el ámbito de la protección contra incendios, y se puede tener una idea de las opciones disponibles y de las posibles reacciones de la policía pública si se observa lo que ocurre cuando las comunidades con departamentos públicos de bomberos intentan contratar.

En 1982-1983, Willimantic (Connecticut) y Dover (New Hampshire) intentaron contratar servicios de protección contra incendios. La Asociación Internacional de Bomberos (IAFF) se opuso activamente a ambos intentos, por temor a que "esta aparente amenaza a la seguridad laboral de sus miembros pudiera extenderse rápidamente, saltando las fronteras estatales" en toda Nueva Inglaterra.¹⁵ Willimantic estaba considerando un coste de protección contra incendios en 1983 de unos 900.000 dólares, una cuarta parte del presupuesto de la ciudad y aproximadamente 180 dólares por hogar al año. En aquella época, los servicios privados de bomberos por suscripción cobraban entre 30 y 50 dólares por hogar al año, por lo que a principios de 1982 la ciudad anunció que estaba recibiendo ofertas para los servicios de bomberos. Tres empresas respondieron, y el ayuntamiento comenzó a negociar con una de ellas: Wackenhut Services, Inc. La oferta de Wackenhut habría generado un ahorro de 1,4 millones de dólares para la ciudad en cinco años, principalmente por el ahorro de personal.

El sindicato denunció las ofertas, acusó a la ciudad de "reventar el sindicato" y predijo que la lucha contra los incendios por contrato podría "como un cáncer, extenderse por todo el estado de Connecticut".¹⁶ El sindicato hizo una gran campaña a favor del referéndum de consolidación de la

ciudad y el condado que estaba en la papeleta de diciembre de 1982; si el referéndum se aprobaba, se elegiría un nuevo gobierno municipal y esperaban influir en esa votación. El referéndum fue aprobado, pero la consolidación no iba a tener lugar hasta seis meses después. El ayuntamiento decidió votar la propuesta de contrato en febrero. El sindicato abarrotó el ayuntamiento, y "cuando se abrió la sesión, el jefe de bomberos adjunto Joseph Beaulieu anunció que la sala estaba abarrotada. La reunión tendría que cerrarse, dijo, o trasladarse a otro lugar, porque se estaban violando las normas contra incendios".¹⁷ Cuando el representante de Wackenhut salió a su coche, encontró sus neumáticos rajados.

Una vez reanudada la reunión, la IAFF afirmó que el sindicato había presentado una propuesta alternativa que competía con la de Wackenhut. Ningún funcionario municipal había visto la propuesta, pero el consejo acordó posponer su votación. Una semana después, el consejo volvió a posponer su votación porque el representante del sindicato quería más tiempo para "preparar la propuesta que, según él, ya había sido presentada".¹⁸ El sindicato también estaba trabajando en la legislatura estatal para aprobar un proyecto de ley que prohibiera los servicios de bomberos privados. El proyecto de ley no se aprobó.

El sindicato finalmente presentó su propuesta para los servicios de protección contra incendios. Ofrecía concesiones en cuanto a las horas extra y la dotación de los camiones de bomberos, lo que reduciría los costes de la ciudad en 340.000 dólares en cinco años. El ayuntamiento aceptó la propuesta del sindicato por 4 votos a 3. Según un miembro del consejo, la mayoría del consejo estaba a favor del contrato con Wackenhut, "pero el conocimiento común de que los bomberos habrían convocado con éxito un referéndum sobre la cuestión -que la ciudad podría perder- tuvo un fuerte efecto disuasorio". Si los bomberos tuvieran éxito en el referéndum, las concesiones [que el sindicato había acordado] se verían gravemente perjudicadas", dijo Rita Cantor, miembro del consejo, a los periódicos locales. Así que la ciudad se conformó con unos seguros 340.000 dólares en lugar de presionar para conseguir 1,4 millones".¹⁹ El sindicato había ganado.

Dover, New Hampshire, empezó a estudiar la posibilidad de contratar a los bomberos en mayo de 1982. Una vez más, Wackenhut presentó la oferta más atractiva para los servicios de bomberos, lo que supuso un ahorro neto en tres años de 350.000 dólares. La IAFF comenzó su lucha en la legislatura estatal haciendo que se presentara un proyecto de ley para prohibir los servicios de bomberos privados. El proyecto de ley fue rechazado, pero se introdujo otro que exigía que las compañías de bomberos privadas estuvieran certificadas por el jefe de bomberos del estado.

El vicepresidente regional de la IAFF y otros funcionarios del sindicato iniciaron una campaña en los medios de comunicación de Dover con anuncios en el periódico local en los que se preguntaba: "¿Debe la ciudad jugar con su vida y su propiedad?" y se instaba a "NO PERMITIR UN SERVICIO DE BOMBEROS PRIVADO EN DOVER".²⁰ Los funcionarios del sindicato fueron citados diciendo: "La historia ha demostrado que cuando se considera el beneficio, la seguridad pasa a un segundo plano"; y "No se puede obtener un beneficio y proteger la propiedad privada al mismo tiempo. Si el beneficio no es lo suficientemente alto, la gente de Dover sufrirá".²¹

Finalmente, el sindicato anunció: "Es decisión unánime del Local 1312 que no trabajaremos para una empresa con ánimo de lucro. Nos preocupa la vida y la propiedad. No tenemos ningún interés en trabajar con una empresa que trabaja para obtener beneficios, sin interés en la vida ni en la propiedad".²² La amenaza no funcionó. Los miembros del Consejo aceptaron el contrato con Wackenhut por 5 votos a 3.

A los dos días, se presentaron demandas alegando que el contrato era ilegal y solicitando una orden judicial para detener su aplicación. El tribunal superior del condado denegó la solicitud, y se presentó otra demanda alegando que la protección contra incendios era un "poder policial", por lo

que la ley estatal impedía que se delegara en una empresa privada. El tribunal superior concedió una orden de restricción temporal, y la cuestión se remitió al tribunal supremo del estado. Los abogados de Wackenhut y de la ciudad confiaban en ganar el caso, pero sospechaban que el verdadero objetivo era retrasar la aplicación. El contrato estipulaba un periodo de prueba de 90 días, por lo que un retraso sustancial daría lugar a unas nuevas elecciones antes de que pasara el periodo de 90 días. Los representantes regionales del sindicato viajaron regularmente a Dover y la IAFF envió a un organizador político a tiempo completo. Se inició una campaña de petición para modificar los estatutos de la ciudad mediante un referéndum que prohibiera la contratación de servicios de policía y bomberos. La presión política fue efectiva. Uno de los concejales que votó en contra del contrato reconoció que votó así para no perder su puesto de trabajo, y otro creía que la contratación era lo mejor para la ciudad, pero admitió haber votado en contra por la campaña del sindicato.²³

Dover ha sido la primera ciudad con un cuerpo de bomberos sindicalizado que ha firmado un contrato con una empresa privada. Pero la lucha está lejos de terminar. Cabe esperar que se produzcan enfrentamientos similares en cualquier intento de contratación de servicios policiales. Esta resistencia puede ser extremadamente costosa de superar, tanto en términos de desembolsos monetarios (por ejemplo, honorarios legales) como de preocupaciones políticas. Para superar el peso político de los sindicatos, dados los incentivos de los funcionarios elegidos para asegurar su reelección, debe haber suficiente apoyo organizado para la reducción de costes del sector público y la privatización.

Otra oposición del sector público. Los sindicatos y asociaciones de empleados públicos no serán la única fuente de resistencia a la privatización. Los directivos de las oficinas que disfrutaban de los ingresos, el poder y el prestigio de sus cargos deben resistirse a la pérdida de estas fuentes de utilidad. Considere las implicaciones del siguiente ejemplo.

Un sistema privatizado requeriría un mercado para la mano de obra de los delincuentes condenados y en los programas de trabajo de la prisión para generar restitución y multas. En la prisión estatal de Maine, los reclusos tuvieron acceso al equipo de la tienda de la prisión para producir novedades. Otras prisiones han hecho lo mismo, pero el programa de Maine difiere de los demás en algunos aspectos significativos. En primer lugar, existe un fuerte mercado para las novedades porque la prisión está situada en una importante ruta turística. En segundo lugar, se permitía a los reclusos contratarse unos a otros, lo que permitía la especialización y la división del trabajo. Los presos no podían utilizar dólares para estas transacciones, por lo que la moneda utilizada eran los cupones de cantina, que podían gastarse en la cantina de la prisión o depositarse en la oficina comercial de la misma.

Tras el nombramiento del alcaide Richard Oliver en 1976, se permitió a los presos "patentar" sus diseños novedosos para que tuvieran incentivos para innovar y ampliar su producción. Y lo que es más significativo, Oliver levantó el límite de la actividad económica de los reclusos y, en 1978, se triplicó el tope de 5.000 dólares y 5 diseños novedosos que existía en 1976.²⁴ Se desarrolló una "economía en miniatura" dentro de la prisión, con dos tercios de los reclusos participando como empresarios, empleados o ambos. Algunos empresarios tuvieron mucho éxito. Uno de ellos se hizo cargo de la cantina de la prisión y la convirtió en una operación lucrativa. Este preso también tenía entre 30 y 50 empleados en la producción de novedades, y se había diversificado en otras áreas (por ejemplo, poseía y alquilaba unos 100 televisores a los reclusos). Un administrador de la prisión lo consideraba el "hombre de negocios más brillante que he visto nunca".²⁵ Ahora está fuera de la cárcel dirigiendo una empresa de novedades que emplea a antiguos presos. Como concluyó Shedd, "no se llamaba así, pero la prisión estatal de Maine tenía un programa de rehabilitación que funcionaba".²⁶

A pesar de los importantes beneficios del programa, el 16 de abril de 1980 comenzó un encierro en la Prisión Estatal de Maine. Los reclusos fueron confinados en sus celdas las 24 horas del día durante 10 semanas. Una amplia operación de registro e incautación destruyó los negocios de los presos. Tras el cierre, se aplicaron reducciones sustanciales de los derechos e incentivos económicos que destruyeron cualquier posibilidad de reactivar el programa. ¿Por qué? Una explicación puede ser política. Durante varios años, la Oficina Correccional de Maine había intentado sin éxito obtener mayores presupuestos y que la oficina fuera elevada a nivel de gabinete. Tras el cierre, se aprobaron aumentos de presupuesto y la Oficina de Correcciones fue elevada a nivel de gabinete. Los legisladores clave habían cambiado su posición en ambas cuestiones debido al bloqueo. Otra explicación puede ser simplemente la rigidez burocrática y la resistencia al cambio. Las autoridades penitenciarias querían un control total sobre los presos, no "individuos ambiciosos y con talento que encontrarán una forma de sortear las restricciones burocráticas a sus actividades".²⁷

Estas situaciones no son únicas. Como explicó Poole, "una de las características más típicas de los gobiernos locales es la adhesión a la tradición. Los ejemplos de innovación real. ...no son típicos. . . [Los jefes de departamento, los alcaldes, los concejales y los gestores municipales son mucho más propensos a decir por qué, por ejemplo, la contratación privada de la protección contra incendios puede funcionar en Scottsdale, pero nunca funcionaría en su ciudad, que a considerarla seriamente como una forma de prestar más servicios por menos dinero".²⁸

Hay otras razones para esperar que los funcionarios se resistan a reducir la participación del sector público en la empresa de la ley. Por ejemplo, 5.523 de los 25.589 casos civiles concluidos en los tribunales públicos de la ciudad de Nueva York durante las primeras cuarenta semanas del año fiscal 1979-1980 fueron presentados contra la ciudad de Nueva York. Hay miles de millones de dólares en responsabilidades potenciales a las que se enfrenta la ciudad por las demandas civiles que ahora esperan ser juzgadas. El juez Neely concluyó: "La ciudad de Nueva York no puede permitirse un sistema judicial eficiente porque estaría en bancarrota sin posibilidad de rescate si todas esas demandas llegaran a juicio en uno o dos años".²⁹ Las demandas que cuestionan las condiciones de los hospitales psiquiátricos públicos, las prisiones, las escuelas y otras instalaciones estatales y locales amenazan a los gobiernos con miles de millones en gastos no presupuestados. Cuanto más se retrasan estas demandas, menor será su impacto político sobre los actuales titulares de los cargos públicos.

Benefactores del sector privado del orden público. Todos los grupos de intereses especiales que se benefician de las actuales leyes públicas y de su aplicación lucharán por proteger sus beneficios. Consideremos el sistema judicial público. El juez Neely señaló que "la actual estructura anticuada y sobrecargada es una ventaja política para muchos grupos".³⁰ Si los tribunales se vuelven más eficientes, habrá muchos perdedores. Por ejemplo, si la demora de los tribunales impide que un caso contra una compañía de seguros se resuelva durante varios años, entonces la compañía puede invertir su dinero durante ese período para obtener un rendimiento sustancial. Dado que miles de millones de dólares cambian de manos a través de los litigios, el pago de intereses sobre el dinero que puede ser retenido durante varios años es enorme. Además, los largos retrasos fomentan la liquidación anticipada por cantidades relativamente bajas. El racionamiento sin precio que genera la congestión judicial y los retrasos también beneficia a los abogados. Una propuesta de cobrar por el uso de los tribunales, como exigiría la privatización, atrae una intensa y organizada resistencia de los abogados.

Los intereses privados también se oponen a otros cambios que acompañarían a la privatización. Consideremos este ejemplo. En Montana, la "producción y distribución de muebles de madera por parte de los reclusos de las prisiones estatales ha enfurecido a los comerciantes de

muebles de oficina, que dicen que representa una amenaza para el sistema de libre empresa".³¹ Se montó una importante campaña política y publicitaria para destruir este modesto proyecto que empleaba a doce presos a los que se les pagaba entre 31 y 58 céntimos la hora en una pequeña fábrica de la prisión.

La producción y venta de bienes no está restringida por ley en Montana, como ocurre en muchos otros estados. En la mayoría de los estados, la presión política ha dado lugar a leyes o disposiciones constitucionales que impiden la venta de todos los artículos fabricados en las prisiones, salvo unos pocos (por ejemplo, las matrículas). Nueva York aprobó la primera de estas leyes en 1801 ante la presión empresarial para eliminar la competencia de las prisiones que entonces se autofinanciaban.³² El gobierno federal también restringe la venta de productos fabricados en las prisiones, prohibiendo el comercio interestatal de productos fabricados en las prisiones cuando el estado receptor tiene leyes contra la comercialización de dichos productos. También se prohíbe a los contratistas privados utilizar la mano de obra de las prisiones para cumplir los contratos del gobierno. "El efecto de todas estas leyes ha sido prácticamente la desaparición del mercado de trabajo de los presos y de los productos fabricados en las prisiones", informó Shedd; "en prácticamente todas las prisiones, las únicas oportunidades de trabajo se encuentran en las industrias penitenciarias tradicionales -la fabricación de matrículas es, por supuesto, el ejemplo clásico- y en el mantenimiento de la prisión y el trabajo de custodia. En casi todos los casos estos puestos están mal pagados, y a pesar de ello las industrias implicadas son casi siempre perdedoras de dinero."³³

Otra fuente de oposición a una privatización más completa son probablemente las empresas e industrias que contratan para producir para el sector público. La industria privada ve "un gran mercado, esencialmente sin explotar, para los negocios. . en el sector de la administración local".³⁴ Las empresas que actualmente contratan para prestar servicios podrían prestar servicios similares en los mercados privados, pero hacer negocios con el gobierno puede ser más rentable que hacer negocios en los mercados privados competitivos. Una de las razones por las que las empresas privadas pueden hacer construir un centro penitenciario por menos dinero es que pueden obtener un mejor precio de los contratistas de la construcción que las oficinas públicas. La implicación es que el gobierno acaba pagando más que una empresa privada incluso cuando utiliza procesos de licitación competitivos. Y cuando la licitación competitiva se rompe debido a la influencia política, la corrupción o la interferencia burocrática, es probable que el resultado sea bastante rentable. Los funcionarios públicos admiten incluso que el precio y la reputación (por ejemplo, el rendimiento documentado en el pasado) no son los únicos criterios para la adjudicación de contratos: las consideraciones políticas también influyen en las decisiones de contratación.³⁵

La resistencia a la eliminación del sistema jurídico público también vendrá de aquellos que creen que la ley y el orden deben ser producidos por el sector público y que el sector privado será ineficaz, ineficiente y abusivo. Muchos "expertos" y defensores del "interés público" se oponen sistemáticamente a las políticas que podrían conducir a una mayor privatización. Como señaló Savas "Desgraciadamente, los políticos que hacen campaña sobre una plataforma de economía, ayudados e instigados por los estudiantes de administración pública y los consultores de gestión, han dedicado sus energías a reducir y eliminar el comportamiento competitivo entre las unidades del gobierno, bajo el supuesto erróneo de que esa competencia era invariablemente, por definición, una duplicación de esfuerzos inútil."³⁶ No tienen en cuenta que la competencia es la clave para la eficacia de la ley y su aplicación.

Obstáculos políticos a la privatización. La consecuencia de las presiones políticas provocadas por el interés propio o por motivos erróneos de interés público es que las leyes impuestas por el gobierno se interponen ahora en el camino de la reducción del papel del gobierno en la ley y el

orden y en la institución de políticas que podrían hacernos avanzar hacia una mayor privatización. La mayoría de los estados prohíben la propiedad privada de las prisiones de máxima seguridad, por ejemplo, y muchos estados tienen estatutos que prohíben a los particulares realizar detenciones.³⁷ De hecho, la facultad de detener a una persona suele recaer en empleados de la administración local. Otras leyes establecen los salarios máximos y mínimos que pueden pagarse a los individuos que producen "servicios públicos" contratados. Las restricciones legislativas a la participación de las víctimas en el proceso penal son aún más importantes. La derogación de todas estas barreras no se producirá sin una presión política suficiente para dominar a los grupos existentes que exigieron y ahora se benefician de las leyes.

Ha habido demandas organizadas para la reforma de los tribunales, la mejora del gobierno y la reducción de impuestos, y algunos de estos esfuerzos podrían conducir a un sistema legal público más pequeño. No es probable que los defensores de la "reforma" tengan un efecto de reducción del gobierno, al menos teniendo en cuenta sus demandas actuales. La mayoría ve corrupción e ineficacia y pide nuevo personal, quizá más leyes para regular a este personal y, en última instancia, un sector gubernamental más grande. Y, en general, parece que los recortes de impuestos pueden tener un mayor impacto en los servicios públicos que no sean la elaboración y aplicación de leyes. La ley y el orden parecen ser vistos como una función necesaria del gobierno incluso por los más ávidos recortadores de impuestos (por ejemplo, muchos conservadores políticos quieren mayores gastos para el control del crimen y menores impuestos). No obstante, al menos tres comunidades se han negado a aprobar gravámenes específicamente destinados a la ampliación de sus departamentos de policía.³⁸ Es posible que la "revuelta de los impuestos" acabe alcanzando a la policía, los tribunales y los centros penitenciarios.

El problema es que no hay ningún grupo de interés político organizado que abogue por un sistema judicial público más pequeño que sea suplantado por el sector privado. "Dicho brevemente, en el proceso legislativo la rueda que chirría se lleva el aceite, y no hay ningún grupo de presión organizado que chirrie a favor [de la privatización]".³⁹ Ningún grupo de privatización con algún tamaño o recursos está haciendo contribuciones de campaña, enviando boletines que describen la actuación pública en la ley y el orden, o negociando en las salas traseras de las legislaturas. Incluso si se formaran grupos de interés, los cambios por los que se aboga aquí no se aplicarían. Toda la fuerza interesada de quienes se oponen a la privatización se uniría y aplicaría todo su poder político para impedir el proceso.

¿Hay razones para esperar que los grupos políticamente eficaces empiecen a presionar para que se produzcan cambios que puedan conducir finalmente a la privatización? No hay que descartar esa posibilidad. Por ejemplo, la creciente militancia de los sindicatos policiales y penitenciarios puede acabar jugando en su contra. Ya, "en la mayoría de las huelgas del sector público, la indignación por los inconvenientes resultantes para el público ayuda a lograr un acuerdo temprano".⁴⁰ Un acuerdo anticipado puede implicar ceder ante los sindicatos ahora, pero en el futuro puede significar negarse a tratar con un sindicato. El presidente Reagan creyó obviamente que tenía suficiente apoyo político para despedir a los controladores aéreos en huelga, y Ohio despidió con éxito a treinta funcionarios de prisiones en 1975 por participar en una huelga.⁴¹

La mejor manera de convencer a la gente de algo es demostrar que funciona. Si las industrias de control de la delincuencia y de adjudicación del sector privado siguen creciendo y proporcionando servicios superiores a los del gobierno, es posible que un número cada vez mayor de ciudadanos reconozca las ventajas de la privatización. La pregunta es: ¿seguirán creciendo estas industrias?

Los mismos grupos que se oponen al declive del sistema público de orden público probablemente tienen incentivos para resistirse al crecimiento de la prestación de esos servicios por parte del sector privado, pero es probable que la resistencia sea mucho más débil. Por ejemplo, los sindicatos de la policía pública se han referido a la policía privada como "mano de obra esquírol",⁴² y los ejecutivos de la policía, en respuesta a una encuesta reciente, también indicaron un considerable "disgusto" por la policía privada.⁴³ Sin embargo, la policía privada y otras iniciativas privadas de control de la delincuencia suelen cooperar con la policía pública de forma que ésta parezca más eficaz. Así, la policía suele apoyar estas actividades del sector privado. Estos incentivos contradictorios pueden debilitar sustancialmente y quizás incluso eliminar la oposición a la privatización. Del mismo modo, muchos jueces están a favor de desviar algunos casos al arbitraje privado para ayudar a aliviar la congestión de los tribunales,⁴⁴ y quizás el descontento de los ciudadanos con el sistema judicial.

Muchos grupos de interés del sector privado se enfrentan a conflictos similares. Por ejemplo, aunque "la comercialización... los tribunales privados presenta un gran desafío porque los abogados pueden perder enormes honorarios al remitir sus casos", fueron los abogados los que redescubrieron la ley en California que inició su ahora próspero negocio de alquiler de jueces.⁴⁵ En un mercado competitivo de servicios jurídicos, en última instancia son los abogados que mejor sirven a sus clientes los que se llevan la mayor parte del negocio jurídico y de los ingresos. Como reflejo de estos incentivos contradictorios, muchos comités de colegios de abogados se han pronunciado a favor de los foros privados para la resolución de conflictos.⁴⁶

Sin embargo, existen barreras legislativas para la policía privada y los tribunales privados. El arbitraje comercial es una opción "legal" en todo el país, con reconocimiento estatal de las decisiones arbitradas, pero el sistema de alquiler de jueces de California puede reproducirse legalmente en muy pocos estados. Siete estados tienen estatutos similares (Idaho, Nebraska, Nueva York, Oregón, Rhode Island, Utah y Washington), pero la ley de Washington limita la remuneración de un juez privado a un nivel no superior al que recibe un juez público, y la ley de Utah sólo puede invocarse cuando no hay un juez público disponible.⁴⁷ Además, aunque el arbitraje es posible en todos los estados, los árbitros no pueden dictar legalmente sentencias sobre cuestiones "legales" elaboradas por el estado. Los litigios reflejan cada vez más las normas legisladas que el derecho consuetudinario. Por ejemplo, las disputas en el lugar de trabajo que requieren un acuerdo implican la reclamación de violaciones de leyes federales y estatales, como la legislación antidiscriminatoria, las normas de salud y seguridad y las leyes que regulan las pensiones y los fondos de bienestar. Como resultado, "estos casos pueden alejarse del ámbito del arbitraje y acercarse a los tribunales".⁴⁸

Otra barrera erigida por el gobierno para el uso del arbitraje privado y la resolución de conflictos ha sido establecida por los tribunales públicos. Recordemos del capítulo 12 que un sistema de resolución de disputas privadas que no cuenta con el poder del gobierno para coaccionar a las personas para que acepten un juicio debe basarse en la amenaza de expulsión, ostracismo y otras formas de boicot. Por ejemplo, si un empresario se niega a aceptar una decisión de arbitraje, otros empresarios pueden negarse a celebrar un contrato con él en el futuro. Pero en el caso *Paramount Lasky Corporation contra Estados Unidos*, el Tribunal Supremo dictaminó que era ilegal que un grupo de productores cinematográficos boicoteara a cualquier exhibidor de películas que se negara a someterse a un arbitraje o a aceptar un laudo arbitral, a pesar de que las cláusulas de arbitraje figuraban en todos los contratos entre productores y exhibidores.⁴⁹ Lo que puede parecer una liberalización de *Paramount Lasky* se dictó en el caso *Silver vs. New York Stock Exchange*.⁵⁰ El tribunal sostuvo que la aplicación de las normas de la bolsa de valores mediante el

boicot no infringía las leyes antimonopolio, dado que existían garantías procesales adecuadas en los procedimientos de la bolsa. "Sin embargo, antes de Silver se asumía generalmente que las leyes antimonopolio no tenían aplicación al esquema de autogobierno privado de las bolsas reguladas".⁵¹ Los tribunales mantienen el poder de dictar sentencias que podrían socavar el movimiento hacia un mayor arbitraje. De hecho, "el resultado en Paramount Lasky se explica a veces sobre la base de la hostilidad al gobierno privado".⁵²

Las barreras impuestas por el gobierno a la privatización existen también en ámbitos distintos del arbitraje. Por ejemplo, la policía privada y los ciudadanos en general no pueden detener a las personas en muchos estados. Las leyes de control de armas limitan la disponibilidad de armas para la protección. Las restricciones a la concesión de licencias y a la regulación, a menudo supervisadas por la policía pública, limitan la entrada en los mercados de la policía privada e impiden que las empresas existentes presten muchos servicios. La misma situación caracteriza la posible derogación legislativa de dichos estatutos que la derogación de las leyes gubernamentales que apoyan a las instituciones policiales del sector público. Sencillamente, no hay suficientes grupos de interés político eficaces que persigan activamente la derogación.

Sin embargo, los particulares pueden a menudo "derogar" eficazmente una ley elaborada por el gobierno si la consideran injusta o inapropiada. Consideremos la enorme economía sumergida que existe cuando los ciudadanos evitan las leyes fiscales, por ejemplo, o el fracaso absoluto de la enmienda constitucional que intentaba prohibir las bebidas alcohólicas. O examinemos la discusión de Umbeck sobre las leyes minerales producidas por el sector privado durante la fiebre del oro de California.⁵³ Pero en muchos casos el sector privado no tiene que violar una ley impuesta por el gobierno para derogarla. Si existen incentivos para subvertir la ley, los individuos innovadores pueden encontrar a menudo una forma imprevista y "legal" de hacerlo. Así, por ejemplo, algunos han considerado el arbitraje como un "desplazamiento silencioso no sólo del poder judicial sino incluso del legislativo".⁵⁴

Veamos un ejemplo. Los tribunales públicos dictaminan sistemáticamente que la parte agraviada en una demanda por incumplimiento de contrato sólo puede cobrar las pérdidas realmente sufridas o una estimación anticipada razonable de dichas pérdidas. Así, aunque un contrato estipule el pago de daños y perjuicios más una penalización, los tribunales no concederán la penalización. Sin embargo, si el contrato contiene una cláusula de arbitraje, los árbitros pueden conceder, y de hecho lo hacen, la penalización a pesar de su presunta ilegalidad.⁵⁵ El hecho es que siempre que una ley parece inapropiada o demasiado complicada, el arbitraje abandona la ley promulgada por otras normas de juicio.⁵⁶ Pero este fenómeno va mucho más allá del arbitraje. Hay muchas leyes gubernamentales para las que "vemos casos aparentemente paradójicos de derecho no legislado [consuetudinario] que prevalecen sobre el derecho legislado, como una especie de "derecho común" no reconocido, pero aún efectivo".⁵⁷

En el caso de la aplicación de las leyes penales, a medida que una parte cada vez mayor de los recursos dedicados al control de la delincuencia se traslada al sector privado, podemos anticipar que las leyes sobre delitos sin víctimas serán "derogadas" simplemente por negligencia, ya que los recursos privados se dedican a la prevención o recuperación de los delitos violentos y contra la propiedad (véase el capítulo 14). En efecto, entonces, el proceso de privatización "aprueba" leyes o, más exactamente, hace cumplir las asignaciones de derechos de propiedad que son importantes para los ciudadanos e ignora las que no lo son. Las leyes contra los delitos contra la propiedad pueden estar codificadas, pero carecen de sentido si no se aplican efectivamente. La privatización haría que estas leyes tuvieran sentido.

Conclusiones

No podemos esperar que se reduzca el tamaño del sector público de aplicación de la ley en un futuro inmediato. ¿Por qué, entonces, tomarse la molestia de detallar las deficiencias del orden público y las ventajas de la privatización? Como señaló Friedman, la "tarea fundamental" para quienes prevemos beneficios sustanciales de las reducciones del poder gubernamental "es la de educar".⁵⁸ Si este libro convence a unas pocas personas de que los componentes del proceso de la ley y el orden no tienen que ser producidos por el gobierno, habrá servido a su propósito. La realidad política dicta el efecto que estos argumentos pueden tener en el sistema actual, por supuesto, pero cuando el papel del derecho consuetudinario y los beneficios de los crecientes mercados para la prevención del crimen y la resolución de disputas privadas se hagan más evidentes, los defensores de la privatización podrán apoyar sus demandas políticas con argumentos como los expuestos aquí y en otros lugares (por ejemplo, por Barnett, Friedman, Rothbard, Wooldridge, de Molinari, Leoni, Becker y Stigler).

Sin embargo, el hecho es que "la forma más eficaz de demostrar que estas cosas se pueden hacer en privado es hacerlas".⁵⁹ No son los "escritas académicos" los que convencerán a la gente de los beneficios del derecho consuetudinario y de la policía, los tribunales y las correcciones privatizados; son Wackenhut, Judicate, RCA, los comerciantes internacionales y todos los demás proveedores de policía, tribunales y correcciones privados. George Zoley, de Wackenhut, prevé un "proceso de construcción gradual en el que el sector privado establecerá un buen historial y demostrará que puede hacer el trabajo".⁶⁰ A medida que este proceso continúe, los ciudadanos deberían empezar a ver las deficiencias del sector público. Entonces, tal vez empiecen a desarrollarse coaliciones políticas apoyadas por la investigación académica y a exigir menos gobierno en el ámbito de la ley y el orden.⁶¹ Quizás ni siquiera sea necesaria una coalición política. Tal vez el sector privado haya "derogado" efectivamente todas las leyes que prohíben la privatización innovando para sortearlas y los contribuyentes se hayan "rebelado" hasta tal punto que se elimine el sistema público de producción y aplicación de la ley. Friedman sostenía: "No hay ninguna razón para que aceptemos la política como una forma de dirigir la conspiración para abolir la política. Si esta sociedad se hace más libre, lo hará un gran número de personas trabajando individualmente o en pequeños grupos."⁶² Puede que tenga razón.

NOTAS

1. Sumner M. Rosen, "Public Service Unions and Public Service", en *Improving the Quality of Urban Management*, ed. Willis D. Hawley y David Rogers, vol. 8 de *Urban Affairs Annual Review* (Beverly Hills, Calif.: Sage Publications, 1974), p. 563.
2. Ray Marshall, Vernon M. Briggs, Jr. y Allan G. King, *Labor Economics*, 5ª ed. (Homewood, Ill.: Richard D. Irwin, Inc., 1984), p. 113.
3. *Ibidem*, p. 123.
4. Lloyd G. Reynolds, *Labor Economics and Labor Relations*, 8ª ed. (Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, Inc., 1982), pp. 574-575.
5. John M. Wynne, Jr., *Prison Employee Unionism: The Impact on Correctional Administration and Programs* (Washington, D.C.: National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, enero de 1978), p. 70; Warren I. Cikers, "Privatization of the American Prison System: An Idea Whose Time Has Come?" *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* 2 (1986): 455.
6. *Ibidem*, p. 66.
7. Lyle C. Fitch, "Increasing the Role of the Private Sector in Providing Public Services", en *Improving the Quality of Urban Management*, ed. Willis D. Hawley y David Rogers, vol. 8 de *Urban Affairs Annual Review*. Willis D. Hawley y David Rogers, vol. 8 de *Urban Affairs Annual Review* (Beverly Hills, California: Sage Publishing, 1974), p. 508. Véase también el capítulo 8.
8. Wynne, *Prison Employee Unionism*, p. 202.
9. *Ibidem*, p. 198.
10. *Ibid.*
11. *Ibidem*, p. 219.
12. *Ibidem*, p. 204.
13. *Ibidem*, p. 218.
14. *Ibidem*, p. 228.
15. Jim Peron, "Blazing Battles", *Reason* 15 (noviembre de 1983): 39.
16. *Ibidem*, p. 40.
17. *Ibid.*
18. *Ibid.*

19. *Ibidem*, p. 41.
20. *Ibidem*, p. 42.
21. *Ibid.*
22. *Ibidem*.
23. *Ibidem*, p. 43.
24. Jeffrey Shedd, "Making Good[s] Behind Bars", Reason 13 (marzo de 1982): 25.
25. *Ibidem*, p. 26.
26. *Ibidem*, p. 24.
27. *Ibidem*, p. 9.
28. Robert W. Poole, Jr., *Cutting Back City Hall* (Nueva York: Universe Books, 1978), p. 194.
29. Richard Neely, *Why Courts Don't Work* (Nueva York: McGraw-Hill Book Co., 1982), p. 17.
30. *Ibidem*, p. 9.
31. Tom Cook, "Retailers See Prison Made Products as a Threat", *Billings Gazette*, 12 de agosto de 1984, p. 1.
32. Shedd, "Making Good[s] Behind Bars", p. 27.
33. *Ibidem*, pp. 27-28.
34. Donald Fisk, Herbert Kiesling y Thomas Muller, *Private Provision of Public Services: An Overview* (Washington, D.C.: Urban Institute, 1978), p. 3.
35. Patricia S. Florestano y Stephen B. Gordon, "Public vs. Private: Small Government Contracting with the Private Sector", *Public Administration Review* 46 (enero/febrero de 1980): 32.
36. E. S. Savas, "Municipal Monopolies Versus Competition in Delivering Urban Services", en *Improving the Quality of Urban Management*, ed. Willis D. Hawley y David B. Gordon. Willis D. Hawley y David Rogers, vol. 8 de *Urban Affairs Annual Review* (Beverly Hills, Calif.: Sage Publishing, 1974), p. 495.
37. Fisk, et al., *Private Provision of Public Services*, p. 5.
38. Lawrence W. Sherman, "Patrol Strategies for Police", en *Crime and Public Policy*, ed. James Q. Wilson (San Francisco: Sage Publishing, 1974).
- James Q. Wilson (San Francisco: Institute for Contemporary Studies, 1983), p. 149.
39. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 62.
40. Wynne, *Prison Employee Unionism*, pp. 222-223.
41. *Ibidem*, p. 204.
42. Sherman, "Patrol Strategies for Police", p. 151.
43. *Ibidem*, p. 150.
44. Tai Schneider Denenberg y R. V. Denenberg, *Dispute Resolution: Settling Conflicts Without Legal Action*, Public Affairs Pamphlet No. 597 (Nueva York: Public Affairs Committee, Inc., 1981), p. 2.
45. "Sistemas judiciales privados: Decisiones de descuento", Inc. 5 (agosto de 1984): 34.
46. Denenberg y Denenberg, *Dispute Resolution*, p. 2.
47. James S. Granelli, "Got a Spat? Go Rent a Judge", *National Law Journal*, 8 de junio de 1981, p. 31.
48. Denenberg y Denenberg, *Dispute Resolution*, p. 13.
49. 282 U.S. 30 (1930).
50. Landes y Posner, "Adjudication as a Private Good", *Journal of Legal Studies* 8 (marzo de 1979): 256-257; 373 U.S. 341 (1963).
51. Landes y Posner, "Adjudication as a Private Good", p. 257.
52. *Ibid.*
53. John R. Umbeck, *A Theory of Property Rights With Application to the California Gold Rush* (Ames, Iowa: Iowa State University Press, 1981).
54. William C. Woodlridge, *Uncle Sam, the Monopoly Man* (New Rochelle, N.Y.: Arlington House, 1970), p. 104.
55. *Ibid.*
56. Bruno Leoni, *Freedom and the Law* (Los Ángeles: Nash Publishing, 1961), p. 179.
57. *Ibidem*, p. 180.
58. David Friedman, *La maquinaria de la libertad: Guía para un capitalismo radical* (Nueva York: Harper and Row, 1973), p. 219.
59. *Ibid.*
60. Citado en Robert W. Poole, Jr., "Why Not Contract Policing?" Reason 15 (septiembre/octubre de 1983): 11.
61. Ahora que la contratación de muchos tipos de servicios públicos se está generalizando, por ejemplo, varios estudios académicos han sido ampliamente difundidos y utilizados por los defensores de la contratación. Véase Fisk, et al., *Private Provision of Public Services*, p. 2.
62. Friedman, *The Machinery of Freedom*, p. 221.

CAPÍTULO 13

IMAGINANDO UN SISTEMA PRIVADO

Es imposible describir cómo sería, en nuestra compleja sociedad, un sistema legal completamente privatizado. Uno no puede describir lo que no existe, y las conjeturas basadas en los sistemas históricos o en las tendencias actuales podrían errar por mucho. El sofisticado equipo y el nivel de entrenamiento del que disponen hoy muchos de los especialistas en la prevención del crimen podrían ser arcaicos comparados con todo lo que aparecería como consecuencia de los incentivos creados por la completa privatización. Los acuerdos contractuales de hoy día podrían ser considerados tan ingenuos e ineficaces como consideraría el hombre de negocios actual al Derecho contractual irlandés del siglo XIII o a los sistemas mercantiles del siglo XI. ¿Quién, salvo la «desbordada fantasía» de los escritores de ciencia-ficción, hubiera predicho a principios de siglo la revolución en las comunicaciones y la tecnología de las computadoras? ¿Quién, salvo los más fantásticos soñadores del siglo X, podrían haber imaginado la revolución comercial, que se hizo posible gracias a las innovaciones en los acuerdos contractuales y la resolución de disputas, a los que hoy llamamos Derecho mercantil internacional?

Algunos considerarán que los argumentos de este libro también entran dentro de la categoría de la ciencia ficción. Pero es importante dar el último paso y describir cómo podría funcionar una sociedad bajo un sistema de producción consuetudinaria del Derecho y de leyes impuestas y administradas privadamente. Algunas de las «predicciones» siguientes están hechas con una considerable confianza, pero otras no son más que «conjeturas más o menos fundadas». Debemos reconocer que este no es el primer intento de imaginar un sistema así, y que el tratamiento que viene a continuación toma mucho de analistas tales, como Barnett, Friedman, Rothbard, Tucker, Smith, Sneed, Becker y Stiegler.

El contrato social no escrito

Sin un gobierno estatal centralizado, ¿cómo surgen las leyes y se hacen respetar?¹ Algunos analistas sostienen que la acción colectiva es necesaria para concebir un "contrato social" o "constitución" destinado a definir los derechos del pueblo y a establecer un gobierno limitado que los haga respetar.² Pero el derecho consuetudinario surge espontáneamente como consecuencia de la cooperación inducida por las reciprocidades, y la reciprocidad proporciona la base para el reconocimiento del deber o la obligación.³ La cooperación no requiere una acción colectiva. Además, los sistemas de derecho consuetudinario siempre han definido los derechos individuales, incluido el derecho a la propiedad privada.⁴ Este derecho no requiere más que una constitución escrita que la autoridad legislativa. Como sugirió Hayek, "la libertad individual, dondequiera que haya existido, ha sido en gran medida el producto de un respeto predominante por tales principios que, sin embargo, nunca se han articulado plenamente en documentos constitucionales. La libertad se ha preservado durante períodos prolongados porque tales principios, percibidos de forma vaga y tenue, han gobernado la opinión pública."⁵

Lon Fuller sostuvo que los aspectos modernos del derecho consuetudinario se consideran apropiadamente como,

una rama del derecho constitucional, desarrollada en gran medida y de forma adecuada fuera del marco de nuestras constituciones escritas. Es derecho constitucional en el sentido de que implica la asignación entre varias instituciones de nuestra sociedad (por ejemplo, iglesias, clubes

sociales, sindicatos, asociaciones comerciales, etc.) del poder legal, es decir, la autoridad para promulgar normas y tomar decisiones que se considerarán debidamente vinculantes para los afectados por ellas. El hecho de que este cuerpo de derecho constitucional haya crecido al margen de nuestra constitución escrita no debería ser motivo de preocupación. Habría sido imposible prever el rico crecimiento institucional que se ha producido desde su época. Además, el clima intelectual de finales del siglo XVIII era tal que oscurecía el reconocimiento de los centros de autoridad creados cuando los hombres forman asociaciones voluntarias.⁶

El clima intelectual actual aparentemente oscurece el reconocimiento del potencial de creación de derecho voluntario incluso más que en el siglo XVIII.

Características del Derecho consuetudinario

Los derechos individuales fueron la base del derecho consuetudinario en las sociedades primitivas, a lo largo de la Edad Media, y para todos los restos de dicho derecho que existen en la actualidad.⁷ Como señaló Tucker, en una sociedad libre sin imposición gubernamental ni aplicación de leyes, "el único deber del hombre es respetar los derechos de los demás . . . [y] el único derecho del hombre sobre otros es hacer cumplir ese deber".⁸ Pueden surgir excepciones a esta regla general, pero estos casos deberían ser raros en un sistema de derecho consuetudinario. Los individuos pagarán por la protección (e invertarán en un esfuerzo por recuperar las pérdidas si se produce una ofensa), y estarán dispuestos a realizar pagos cuando sus propios derechos estén en juego. Esto no significa que no haya esfuerzos de cooperación para proteger los derechos privados de todos. Significa que, dado que los individuos están pagando directamente por la aplicación de la ley, ya sea con su propio tiempo y esfuerzo o con dinero, habrá una fuerte tendencia a proteger a esos individuos y su propiedad y una voluntad considerablemente menor de apoyar (o interesarse) por la aplicación de otros tipos de leyes.

Epstein señaló que, cuando el propósito del derecho es facilitar la interacción y minimizar los conflictos, hay tres funciones o ramas del derecho que son importantes: 1) determinar la propiedad de los individuos (derecho de propiedad); 2) regular los intercambios cooperativos de bienes (derecho contractual, incluida la transmisión de bienes); y 3) proteger a las personas y sus bienes, incluidos los métodos de transferencia de la propiedad, de las agresiones de terceros (derecho de daños).⁹ El derecho consuetudinario siempre ha definido los derechos de propiedad privada, estipulando al mismo tiempo las normas de interacción recíproca a través de la costumbre y el contrato, y tratando todos los delitos como agravios.¹⁰ El derecho privatizado cumpliría las tres funciones.

Hay una función del derecho moderno que brilla por su ausencia en el análisis de Epstein: el derecho penal. Los delitos en un sistema jurídico consuetudinario con aplicación de la ley privada se tratarían como agravios, es decir, delitos contra las víctimas y no contra la sociedad, por lo que no habría derecho penal. Muchos "delitos" seguirían siendo ilegales, sobre todo si hay víctimas. Pero ciertos tipos de actividades que actualmente se definen como "criminales" probablemente se permitirían. Dado que las actividades del mercado negro -como el juego, la prostitución, el consumo y la venta de marihuana y la mayoría de las drogas- no suelen tener víctimas identificables, es probable que pocas personas estén dispuestas a pagar por su cumplimiento. Es posible, por supuesto, que un grupo coopere voluntariamente para hacer cumplir una ley cuando no existe una víctima identificable, pero la asignación de los recursos para hacer cumplir la ley vendrá determinada por la voluntad de los individuos de pagar, más que por la fuerza política o la discreción burocrática sobre los recursos comunes. "Las personas que quieren controlar la vida de otras personas rara vez están dispuestas a pagar por ese privilegio. Suelen esperar que se les pague por el "servicio" que prestan a sus víctimas. Y los que se encuentran en el extremo receptor -ya sea

de leyes contra las drogas, leyes contra la pornografía o leyes contra el sexo- obtienen mucho más dolor de la opresión que el placer de sus opresores".¹¹ Un sistema privado de aplicación de la ley se inclinará fuertemente hacia la libertad individual cuando la acción individual no perjudique a la persona física o a la propiedad de otro. Como sugirió Friedman, el "puritanismo obligatorio" debería ser mucho más raro en el derecho consuetudinario que en el derecho politizado. 12 vendrá determinada por la voluntad de los individuos de pagar, más que por la fuerza política o la discreción burocrática sobre los recursos comunes. "Las personas que quieren controlar la vida de otras personas rara vez están dispuestas a pagar por ese privilegio. Suelen esperar que se les pague por el "servicio" que prestan a sus víctimas. Y los que se encuentran en el extremo receptor -ya sea de leyes contra las drogas, leyes contra la pornografía o leyes contra el sexo- obtienen mucho más dolor de la opresión que el placer de sus opresores". 11 Un sistema privado de aplicación de la ley se inclinará fuertemente hacia la libertad individual cuando la acción individual no perjudique a la persona física o a la propiedad de otro. Como sugirió Friedman, el "puritanismo obligatorio" debería ser mucho más raro en el derecho consuetudinario que en el derecho politizado.¹²

La posibilidad de que una comunidad tenga su propio derecho que difiera sustancialmente del derecho de otras comunidades plantea un punto importante. Friedman señaló que una de las ventajas de un sistema jurídico privado "es su capacidad para adaptar su producto a sus clientes, tanto desde el punto de vista geográfico como en otros aspectos. Si el máximo rendimiento proviene de tener heroína ilegal en algunos lugares y legal en otros, eso es lo que ocurrirá".¹³ Pero esto no significa que vaya a existir un mosaico irracional de sistemas legales totalmente diferentes (véanse los capítulos 2 y 12). Es posible que haya diferencias localizadas relativamente pequeñas, tal como las hay de un estado a otro e incluso de una ciudad a otra en el sistema actual, pero se producirá una estandarización de muchos aspectos del derecho privado en grandes áreas geográficas. El derecho mercantil se estandarizó en gran medida en toda Europa durante la Edad Media, a pesar de que los sistemas políticos de la época eran muy diferentes.¹⁴ No cabe duda de que lo mismo ocurriría con muchos otros aspectos del derecho producido y aplicado por el sector privado.

El castigo a los transgresores de la ley

Cuando los derechos de los individuos son primordiales, no hay necesidad de un "derecho penal". En un sistema de derecho consuetudinario, los actos agresivos contra la persona o la propiedad de otro serán análogos al derecho de daños. Cuando se comete una ofensa, la víctima buscará la restitución del delincuente. Una ventaja significativa de este sistema de derecho "orientado a la víctima" es "que la especificación de la víctima tiene la función práctica de dar a alguien un incentivo para perseguir el caso".¹⁵ Estos incentivos surgen debido a la naturaleza del "castigo" que existirá bajo un sistema de orden público privado.

El castigo adoptará típicamente la forma de una "multa" pagadera a la víctima de una magnitud al menos suficiente para compensar a la víctima por todas las pérdidas y cubrir el coste total de llevar al delincuente ante la justicia. Todos los sistemas de derecho de producción privada se han orientado hacia la restitución, siendo las multas la principal forma de castigo.¹⁶ Robert Poole escribió sobre un reciente resurgimiento de los experimentos de restitución a las víctimas:

Cuando "Fred Stone" entró en la casa de Tucson y robó el televisor en color, no tenía mucha idea de que lo atraparían. Menos aún esperaba enfrentarse cara a cara con la víctima, en la oficina del fiscal del condado. En el transcurso de la reunión, Stone se enteró de que el televisor era el centro de la vida de la anciana inválida. Con la aprobación del fiscal del condado de Pima, Arizona, aceptó no sólo devolver el televisor, sino también pintar su casa, cortar el césped y

llevarla al médico para su revisión semanal. Con ello evitó una condena de cárcel y ahorró a los contribuyentes de la zona de Tucson varios miles de dólares.

El programa del condado de Pima con el que se trató a Fred Stone es sólo un ejemplo de un nuevo y prometedor concepto de justicia penal: la restitución de los delincuentes a las víctimas.¹⁷

Pero este "nuevo y prometedor concepto" no es nuevo en absoluto. Ha sido un referente de la ley y el orden a lo largo de la historia.

Sin embargo, Poole hace tres observaciones valiosas. En primer lugar, plantea otro aspecto de la actual vuelta a un sistema privado de ley y orden, aunque los funcionarios del gobierno estén involucrados. Una parte del fracaso del gobierno para proporcionar adecuadamente la ley y el orden ha sido el abandono de la preocupación por las víctimas. Sin embargo, la reacción de los ciudadanos ha obligado al sector público a empezar a considerar de nuevo a las víctimas, adoptando así, de forma experimental, algunas características de los sistemas privados de ley y orden. Varios estados han aprobado leyes que instan a los jueces a condenar a los delincuentes a la restitución, y el gobierno federal comenzó a apoyar algunos experimentos de programas de restitución a corto plazo en 1978. Algunos de los programas de restitución, aunque sancionados por los fiscales y los tribunales, producen contratos privados de restitución negociados por el delincuente y la víctima y sancionados por el tribunal.¹⁸ En estos casos, el fiscal y el tribunal se convierten en un árbitro-mediador.

El segundo punto que se extrae de Poole es que el pago de la restitución no tiene por qué ser monetario. Una de las críticas a las multas como medio de castigo es que los delincuentes pueden no ser capaces de pagar una multa lo suficientemente grande como para compensar a la víctima o para ser un elemento disuasorio eficaz. Sin embargo, es probable que un sistema privado de justicia permita trabajar la multa, ya sea trabajando directamente para la víctima o vendiendo el delincuente su trabajo.

El tercer punto es que las multas son una forma eficaz de castigo. En 1977, cuando Poole escribió sobre el caso del condado de Pima, había unos 200.000 presos en las cárceles y prisiones de Estados Unidos (hoy hay más de 300.000) con un coste anual para los contribuyentes de tres mil millones de dólares. El encarcelamiento es una forma ineficiente de castigo. Consume recursos sociales como guardias y otro personal, el capital y los recursos necesarios para construir las prisiones, y el tiempo de los presos. Las multas requieren muchos menos recursos. Algunos delincuentes pueden requerir una estrecha supervisión en lugares de trabajo similares a las prisiones para garantizar el pago, pero los presos trabajan para producir bienes y servicios que pueden venderse para pagar sus deudas. Desde el punto de vista social, "una multa es un castigo [relativamente] sin coste: el coste para el que la paga se equilibra con un beneficio para el que la recibe. En este sentido, es superior a castigos como la ejecución, que impone un coste pero no un beneficio correspondiente, o el encarcelamiento, que impone costes tanto al delincuente como a los contribuyentes".¹⁹

La imposición de multas como forma principal de castigo tiene otras ventajas. Supongamos que las multas se fijan igual al coste total para la víctima más el coste total de llevar al delincuente ante la justicia, todo ello dividido por la probabilidad de que el delincuente sea llevado ante la justicia.²⁰ Por ejemplo, la multa por el robo de un coche sería el valor de la pérdida más el coste de la persecución, el tiempo de los tribunales, etc., asociados a la resolución y el enjuiciamiento del delito, todo ello dividido por la probabilidad de que la solución y el enjuiciamiento tengan éxito. Si la mitad de los robos de coches se resuelven, la larga lista de costes se dividiría por 0,5 o, en efecto, se multiplicaría por dos. La multa sería el doble de los daños. El beneficio para el delincuente es el valor del coche. El coste esperado es la probabilidad de ser llevado ante la justicia multiplicada por la multa resultante; o, dado que el delincuente y el juez perciben la misma probabilidad (.5), el

coste total para la víctima más el coste de llevar al delincuente ante la justicia. El coste esperado del delito es mayor que el beneficio esperado, si los tribunales fijan las mismas probabilidades que perciben los delincuentes. Es probable que los delincuentes tengan una percepción del riesgo diferente a la de las víctimas y, quizás, a la de los jueces, pero la multa real sigue siendo grande en relación con el beneficio. Es posible que los tribunales privados no determinen las multas precisamente de la manera que aquí se discute,²¹ pero los ciudadanos privados que contratan a los tribunales y a los ejecutores se verán atraídos por las empresas que son eficaces en la prevención de los delitos, es decir, por los ejecutores que hacen esfuerzos significativos para recuperar para la víctima y por los jueces cuyas multas son lo suficientemente altas como para compensar a la víctima y al ejecutor (naturalmente, un juez también se preocupará por recuperar sus propios costes).

El énfasis en las multas y en la restitución a la víctima de la ley y el orden producidos por el sector privado proporciona otra razón para esperar que surjan pocas leyes contra los delitos sin víctimas e, incluso si lo hacen, que se dediquen pocos recursos a su aplicación. Es ciertamente posible que las multas sean dictadas por la voluntad común de alguna comunidad muy unida. También podrían crearse incentivos para hacer cumplir dichas leyes si, por ejemplo, se diera un derecho a la multa recaudada a un ejecutor exitoso. En otras palabras, un ejecutor que tenga éxito podría ser tratado como si fuera la víctima de un delito sin víctimas.

Una de las actividades que estarán sujetas a multas son las infracciones cometidas por los agentes de la ley privados contra ciudadanos inocentes. Dado que la falsificación de infracciones, la imputación falsa de delitos a personas inocentes y la intimidación a los ciudadanos violan los derechos de los inocentes, un sistema de derecho privado orientado a las víctimas exigirá una compensación total a los encargados de hacer cumplir la ley por cualquier persona que sea maltratada o absuelta de una acusación. El perdedor en un caso judicial pagaría el coste total de la comparecencia ante el tribunal. Las multas para la restitución no sólo disuadirán los posibles abusos de la policía, sino que también disuadirán las demandas frívolas e infundadas. Como señaló Neely, "hacer recaer el coste de los litigios frívolos en la parte que los demanda acabará por reducir drásticamente los litigios frívolos".²²

Las multas como forma principal de castigo también crearán incentivos para que quienes cometan un delito eviten el uso innecesario del tiempo en los tribunales. Dado que las multas incluirán las costas judiciales, los esfuerzos infructuosos de un culpable por ocultar su culpabilidad o por alargar un juicio darán lugar a multas más elevadas. Esto fomenta los acuerdos extrajudiciales entre delincuentes y víctimas. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el sistema actual, las víctimas recibirán una restitución satisfactoria, ya que el acuerdo será entre la víctima y el delincuente, no entre el delincuente y el fiscal. Las multas diferenciales para los que admiten su culpabilidad y los que tratan de ocultarla pueden convertirse en una parte formal del sistema de derecho privado. En Islandia, por ejemplo, "la diferencia entre dos tipos de delitos preveía un elevado "castigo diferencial" para la "ofensa" de ocultar el propio delito, una ofensa que imponía graves costes".²³

Las multas como principal forma de castigo para el delincuente también presentan ventajas. Normalmente, se citan tres objetivos del castigo: la disuasión, la prevención de nuevos delitos por parte del delincuente y la venganza.²⁴ Como ya he argumentado, las multas pueden servir como elemento disuasorio. Además, una restitución óptima compensará plenamente a las víctimas para que no estén peor que antes de que se produjera el delito. El encarcelamiento no sólo no compensa a las víctimas, sino que les obliga a soportar más costes (por ejemplo, el coste de cooperar en el enjuiciamiento, como se analiza en el capítulo 6). En estas circunstancias, "no es de extrañar, por tanto, que la ira y el miedo que se sienten hacia los ex convictos que, de hecho, no han "pagado su

deuda con la sociedad" hayan dado lugar a castigos adicionales, incluyendo restricciones legales a sus oportunidades políticas y económicas y restricciones informales a su aceptación social.²⁵ Pero como las multas de restitución "restauran" a la víctima, es menos probable que se produzca una ira adicional hacia el delincuente y que se le exija un mayor castigo. Las multas y la restitución, especialmente de un nivel suficiente para compensar plenamente a la víctima, eliminan los incentivos para una mayor venganza. Esto también tiende a minimizar el potencial de otras formas de violencia, como las rencillas entre familias u otras organizaciones de ejecución.

Las multas serán el principal tipo de castigo en un sistema de orden público privado, pero pueden no ser el único tipo de castigo. Es posible que la voluntad común de los miembros de un grupo sostenga que algunas ofensas, quizás el asesinato o la violación, son tan atroces que es imposible compensar el daño infligido.²⁶ Los sistemas jurídicos islandés medieval y kapauku primitivo consideraban apropiada la pena capital para algunos delitos (véase el capítulo 2). Es difícil predecir si este tipo de castigo se plantearía en el sistema de derecho privado de una sociedad moderna. Posiblemente, el resto de la vida del delincuente se dedicaría a trabajar para pagar a la víctima o a su familia, aunque nunca se pudiera conseguir una restitución completa.

Otra característica del derecho de producción privada puede predecirse a la luz de su énfasis en los derechos individuales. Como cualquier derecho de propiedad privada, el derecho a la restitución es transferible en prácticamente todos los sistemas de derecho de producción privada. Muchos sistemas primitivos permitían que un individuo se uniera a un grupo (por ejemplo, una familia, una congregación religiosa, un vecindario) que, a cambio de alguna parte del acuerdo, le respaldaría en una disputa, proporcionando la amenaza necesaria para inducir a un infractor a someterse a la resolución no violenta de la disputa.²⁷ Friedman argumentó que un sistema de ley y orden producidos de forma privada implicaría un reclamo comercializable para una víctima, como en la Islandia medieval, de modo que pueda venderse a alguien dispuesto a perseguir y procesar al delincuente.²⁸ Esto, a su vez, ayuda a crear acuerdos bajo los cuales se persigue y persigues a quienes violan los derechos de los pobres y los débiles. Las víctimas pueden ofrecer recompensas, pero también pueden vender simplemente el derecho a cobrar una determinada multa. Podrían surgir empresas especializadas (ladrones, cazadores de recompensas) para perseguir a los delincuentes y cobrar las multas, o los particulares podrían contratar a empresas que traten de evitar las agresiones a los clientes, pagar a los clientes que sean víctimas como hacen las compañías de seguros y perseguir a los delincuentes para recuperar el pago del seguro.

Si existe un potencial de beneficios externos de la aplicación de la ley en forma de disuasión, entonces un sistema privado de aplicación de la ley podría implicar un problema de parasitismo. Los no compradores de servicios de aplicación de la ley se beneficiarían de la disuasión de las actividades de aplicación de la ley compradas por otros. Sin embargo, como reconocen Landes y Posner, "el problema del parasitismo no se plantea en los sistemas de aplicación privada de la ley en los que los ejecutores compran derechos a las víctimas. ...o adquieren derechos al aprehender y condenar a un delincuente. La razón es que en estos sistemas el retorno a la aplicación de la ley es una multa, mientras que en un sistema en el que los ejecutores no pueden recibir multas, el retorno a la aplicación de la ley debe provenir de los que compran la protección".²⁹ La única crítica a la privatización de la ley y el orden que puede tener cierta validez es menos problemática bajo la estructura de derechos que surge con la privatización.

Mecanismos para la aplicación de la ley

En el marco de una empresa privatizada de la ley, se puede prever una variedad de acuerdos individuales y cooperativos que harán hincapié en la protección de las personas y los bienes y en la recuperación de las pérdidas sufridas por las víctimas. Los acuerdos de cooperación incluirán

desde la asociación voluntaria informal hasta los intercambios contractuales formales. Sneed explicó por qué se espera tal diversidad: "Una vez que se destruya el monopolio estatal de la aplicación de la ley y deje de imponerse la inadecuada protección estatal de la persona y la propiedad, cada ex ciudadano tendrá la oportunidad de consumir servicios de protección según sus propios gustos y preferencias. . . . Como en cualquier otra industria, habrá una especialización en función de las economías que se deriven de la división del trabajo. Cada consumidor equilibrará sus compras de servicios de protección en relación con la defensa que se autoabastece, de manera que se maximice su utilidad".³⁰ Los individuos pueden protegerse a sí mismos y a sus propiedades poseyendo armas, instalando alarmas antirrobo, construyendo vallas o poniendo rejas en las ventanas, tal y como hacen hoy en día. Se trata de derechos de propiedad privada que estarían respaldados por el derecho consuetudinario.

También surgirían acuerdos de cooperación. Habría fuertes incentivos para compartir la vigilancia y el patrullaje de zonas geográficas. En algunas comunidades o barrios en los que las limitaciones presupuestarias de los individuos son más vinculantes que sus limitaciones de tiempo, los residentes contribuirán con su tiempo a una patrulla voluntaria. Cuando las limitaciones presupuestarias son menos estrictas, la gente contribuirá con dinero para contratar a una empresa de seguridad privada que proporcione patrullas, vigilantes, guardias, dispositivos electrónicos de vigilancia o cualquier otra cosa que la comunidad pague.

Estos acuerdos de vigilancia localizada pueden tener incentivos de parasitismo (véase el capítulo 11). Sin embargo, con el tiempo, los acuerdos contractuales internalizarán los beneficios disuasorios de los sistemas de patrulla, eliminando así el problema del parasitismo. Esto no tardará mucho en ocurrir en nuestra sociedad de gran movilidad, en la que la gente se muda una media de una vez cada tres años. Los promotores inmobiliarios emprendedores verían rápidamente las ventajas de establecer urbanizaciones que ofrecieran, como parte del precio de compra de una vivienda o negocio, una garantía de que todos los habitantes de la urbanización firmarían un contrato legalmente vinculante para contribuir a los dispositivos de seguridad de la comunidad. A medida que la gente se desplace, estos acuerdos contractuales atraerán a un número cada vez mayor de personas, porque las comunidades están relativamente a salvo de las violaciones de los derechos de propiedad. Los menos propensos a viajar por libre encontrarán estos acuerdos contractuales bastante atractivos, dejando un número relativamente grande de viajeros por libre en los barrios sin contrato.

Los acuerdos voluntarios sin contratos legalmente vinculantes serán relativamente menos efectivos, y estos barrios se enfrentarán a amenazas relativamente mayores para las personas y los bienes. A medida que la amenaza aumente, más personas se irán o el coste de ir por libre aumentará hasta un nivel tal que cada vez más de los que se quedan estarán dispuestos a contratar protección. Los free riders se enfrentarán a la ira creciente de sus vecinos, respaldada en última instancia por el ostracismo, ya que se les impide consumir los beneficios de vivir en la zona. Las comunidades que no interioricen los beneficios de la protección colectiva por culpa de los free riders estarán en desventaja competitiva con las que eliminen el free riding. Les resultará cada vez más difícil atraer a nuevos residentes y empresas, y el valor de la propiedad caerá. Con la privatización, el coste del parasitismo aumentará enormemente.

Alguien argumentará, sin duda, que las comunidades contratantes que internalicen los beneficios disuasorios de los esfuerzos de protección colectiva serán paraísos para los ricos. Pero esto no es probable. Las comunidades de ingresos medios y bajos pueden emplear sistemas de protección conjunta diferentes a los de algunas comunidades ricas (por ejemplo, una combinación de patrullas participativas y contratadas, o simplemente patrullas participativas), pero los acuerdos contractuales deberían seguir surgiendo. También pueden formar parte de contratos de alquiler,

por lo que la propiedad de la vivienda no es un requisito previo para entrar en asociaciones cooperativas con fines de protección. Rothbard ha recordado que el "servicio público de policía no es 'gratuito'; lo pagan los contribuyentes, y el contribuyente es muy a menudo el propio pobre. Es muy posible que ahora esté pagando más en impuestos por la policía que lo que pagaría en cuotas a empresas policiales privadas, mucho más eficientes. ...la protección policial sería sin duda mucho más barata".³¹ Los abonados a los servicios policiales ya no tendrán que pagar por la aplicación de todas las leyes de delitos sin víctimas; sólo pagarán por la protección de su propia persona y propiedad. Nada de esto significa que deba eliminarse todo el parasitismo, ya que cada individuo (o incluso cada comunidad) contrata para internalizar los beneficios disuasorios de la protección. Las comunidades podrían sobrevivir sin desarrollar estos sistemas de seguridad, aunque probablemente tendrían "ciudadanos" que elegirían niveles muy altos de autoprotección o tendrían poco que consideraran digno de protección.

Las empresas de seguridad pueden ofrecer servicios de protección como patrullas y guardias, pero también pueden organizarse verticalmente para ofrecer también la recuperación de pérdidas. Algunos defensores de la seguridad privada han teorizado que el mercado de la seguridad privada se organizará de forma muy parecida a un mercado de seguros mutuos. En este tipo de acuerdos, una empresa u organización cooperativa de seguros asegura a los individuos y sus bienes contra las infracciones.³² La empresa u organización, por lo tanto, tendría fuertes incentivos para prevenir los delitos mediante la prestación de servicios policiales con énfasis en el patrullaje, la vigilancia y otros elementos disuasorios. Si se produce un delito contra un abonado, el seguro pagaría la reclamación del abonado a menos que se recuperen todas las pérdidas. Al pagar al abonado, la empresa u organización adquiere el derecho a cobrar al menos una parte de la multa al infractor. Por lo tanto, hay fuertes incentivos para perseguir a los infractores y reunir pruebas para el procesamiento judicial. Este sistema garantiza la recuperación de las pérdidas para la víctima o el pago de las reclamaciones, y es mucho más probable que los detectives de las aseguradoras privadas recuperen los bienes robados que la policía pública.³³ De hecho, el enfoque de las compañías de seguros sería muy diferente al de la policía pública. La policía pública está más preocupada por realizar detenciones; por tanto, "devolver el botín robado a la víctima es algo estrictamente secundario". Para la compañía de seguros y sus detectives, en cambio, la principal preocupación es la recuperación del botín, y la detención y el castigo del delincuente son secundarios respecto al objetivo principal de ayudar a la víctima del delito. Aquí vemos de nuevo la diferencia entre una empresa privada impelida a servir al cliente-víctima del delito y la policía pública, que no está sometida a tal compulsión económica".³⁴

Es posible que no surjan acuerdos de seguros con empresas organizadas verticalmente que ofrezcan tanto protección como servicios de investigación. Los particulares podrían comprar protección a una empresa y contratar a otra para que persiga al delincuente, o podrían ofrecer una recompensa para atraer la atención de las empresas especializadas en el robo. Las fuerzas del mercado de la oferta y la demanda dictarán la organización industrial real que se desarrolle, pero hay fuertes razones para sospechar que surgirán acuerdos similares a los de los seguros. Los individuos con aversión al riesgo cambian el riesgo de pérdida comprando un seguro. Además, estos acuerdos alivian "una pregunta de pesadilla de la gente que oye por primera vez la idea de una policía totalmente privada: '¿Por qué eso significa que si te atacan o te roban tienes que ir corriendo a ver a un policía y empezar a discutir cuánto te costará defenderte?' "³⁵ Obviamente, a muchas personas les parecerá conveniente contratar con antelación la posible necesidad de servicios de investigación, garantizando así su disponibilidad en caso de necesidad.

Pueden preverse otros muchos acuerdos contractuales. El contrato con una determinada emp-

-resa de protección podría incluir una cláusula de arbitraje para que las disputas entre los clientes de esa empresa puedan resolverse internamente. La empresa puede proporcionar uno o varios árbitros (la mediación puede caracterizar también algunas resoluciones de litigios) o contratar a una determinada empresa de resolución de litigios. Con estos acuerdos, los beneficios de la producción de precedentes se internalizan, al menos parcialmente. Además, se crean incentivos para producir dictámenes claros e imparciales y, por tanto, minimizar el número de disputas que requieren una adjudicación. Una cláusula de arbitraje en un contrato legal también significa que la negativa a someterse a un arbitraje sería improbable porque probablemente daría lugar al ostracismo, a la pérdida de servicios de protección y quizás a la pérdida de los derechos de propiedad de los bienes adquiridos en virtud del contrato (por ejemplo, una residencia o un local comercial).

Es probable que surjan acuerdos contractuales similares entre las distintas comunidades y sus organismos de protección. Incluso si no existe un contrato formal, el deseo de evitar la violencia llevará probablemente a someterse a un arbitraje. Tales acuerdos podrían compararse con los tratados de extradición formales o informales entre entidades políticas. Dado que existen importantes economías de estandarización en muchos ámbitos del derecho, consideremos en primer lugar una ofensa por parte de un miembro de un grupo contra un miembro de una organización diferente en la que ambos sistemas jurídicos consideran que el acto es ilegal. La organización cuyo miembro es el presunto delincuente tiene fuertes incentivos para permitir que sea detenido y ejercer una presión considerable para que se someta al arbitraje. Sneed señaló que una organización de protección que se negara a permitir la detención de un miembro, con una causa justificada, sufriría de varias maneras. En primer lugar, otras organizaciones se resistirán igualmente a los intentos de detener a sus clientes en el futuro, por lo que la capacidad de la organización para proteger a sus miembros se verá reducida y aumentarán las posibilidades de que se produzcan enfrentamientos violentos. Tanto los enfrentamientos violentos como la impotencia recíproca provocarán la pérdida de miembros. En segundo lugar, se desarrollarían relaciones de trabajo recíprocas para la persecución y captura de delincuentes con movilidad geográfica, pero la negativa a cooperar en otros ámbitos pondría en peligro la posibilidad de participar en dichos acuerdos. En tercer lugar, una organización que se negara a entregar a los miembros que cometieran delitos tendería a atraer a miembros que tuvieran la intención de cometerlos, lo que situaría a la organización en más enfrentamientos.³⁶ Estos incentivos se aplican tanto si el individuo detenido es culpable como inocente. De hecho, "la previsión de este tipo de conflictos conducirá generalmente a procedimientos formales acordados por la mayoría de las empresas de una zona determinada sobre los límites de los poderes recíprocos de detención. Se desarrollarán "tratados" similares para definir el procedimiento en otras áreas también, asumiendo que las empresas tienen algún grado de previsión, una suposición implícitamente negada por la mayoría de los críticos [de la provisión de mercado de la aplicación de la ley]".³⁷ Por tanto, por encima de todo, "esas guerras y conflictos serían malos -muy malos- para las empresas".³⁸ Así, toda organización policial probablemente exigiría que las disputas entre miembros de diferentes organizaciones fueran decididas por tribunales o árbitros privados imparciales. Estos acuerdos recíprocos benefician a ambos grupos.

Sneed también sugirió que las fianzas podían ser pagadas por la compañía u organización de protección de un delincuente acusado.³⁹ En el sistema de fianzas de la Irlanda medieval, por ejemplo, una multa importante impuesta a un miembro de un tuath particular podía ser pagada por el grupo en su conjunto, y éste podía cobrar al delincuente.⁴⁰ Estos acuerdos de fianza o crédito tienen algunas ventajas importantes. En primer lugar, la organización encargada de hacer cumplir la ley de la víctima exige una fianza suficiente para compensar a la víctima o a sus herederos y para cubrir los costes de la organización relacionados con el caso. En consecuencia, la víctima y su organización estarán relativamente despreocupadas si el acusado no comparece. La propia

organización de defensa del acusado se encargaría de cobrarle si es culpable.⁴¹ El ostracismo debe desempeñar un papel predominante para inducir a alguien a someterse al arbitraje, y este acuerdo de fianza hace posible el ostracismo. Si los miembros de la comunidad de un delincuente acusado o de otro grupo de defensa mutua tienen fuertes incentivos para presionar al acusado para que se someta, entonces el ostracismo puede ser eficaz. Además, al contratar la opción de la fianza con una determinada organización o empresa, el individuo puede aceptar voluntariamente someterse al confinamiento o ceder una parte de sus ingresos para devolver la fianza, en caso de ser declarado culpable. Sea cual sea el acuerdo, la responsabilidad de cobrar si el acusado es culpable recae en los miembros de la organización, no en la víctima.

Cuando el acuerdo de fianza o crédito forma parte de un contrato con una organización, ésta tiene incentivos para trabajar en nombre del acusado para recuperar la fianza (los absueltos de una infracción tendrán derecho a la restitución de los costes, incluido el coste de cualquier investigación en su nombre). Así, alguien acusado de una infracción "tendrá regularmente agencias de investigación trabajando en su nombre que ejercen poderes del mismo orden que los de la empresa que lo detiene". La condena deliberada, así como la accidental, del inocente sería mucho menos factible. La falsificación de pruebas sería considerablemente más arriesgada".⁴² Esto contrasta fuertemente con la actual dependencia de la policía pública para las investigaciones, en la que el acusado sólo puede montar una investigación propia si contrata a una empresa privada, ya que no existe ninguna empresa u organización con incentivos para realizar una investigación.

Los acuerdos contractuales tienen claras ventajas para los culpables de un delito. El delincuente puede disponer de un crédito para pagar a la víctima o a su representante y luego saldar la deuda en su propia comunidad, evitando las consecuencias de no poder pagar una multa o de tener que saldar una deuda en un entorno relativamente hostil. Por supuesto, incluso si un individuo culpable es retenido por la organización de la víctima, la probabilidad de abuso es mínima, porque

si una empresa tiene fama de abusar de los presos, las demás empresas dispondrán así de un motivo legítimo para impedir la detención de sus clientes y podrán frustrar los esfuerzos de ejecución de la empresa infractora sin la pérdida de respeto y de relaciones de trabajo que generalmente supondría la no cooperación. La única posición sólida desde el punto de vista competitivo es que la empresa pueda señalar su trato humano a los presos para demostrar a todos que los inocentes no tienen nada que temer de ellos y, por tanto, que cualquier empresa que se niegue a permitirles el poder de arrestar debe estar albergando a un hombre que sabe que es culpable.⁴³

Ninguna empresa privada competitiva de aplicación de la ley podría tener el potencial de abuso de las prisiones que tiene un gobierno. La tortura, la mutilación, la experimentación y la eliminación de prisioneros que han caracterizado a los gobiernos a lo largo de la historia serían mucho menos probables en un sistema privatizado de aplicación de la ley.⁴⁴

Mi análisis de los acuerdos recíprocos entre diferentes organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley se basaba en el supuesto de que la ley que se infringía era común a ambas comunidades y a sus organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley. Pero podrían surgir algunas diferencias en la ley entre comunidades o grupos. Es muy probable que haya diferencias menores y es posible que haya diferencias mayores. (Lo mismo ocurre con la ley producida por el gobierno, por supuesto, y quizás en mayor grado porque las fronteras políticas artificiales pueden impedir el nivel más eficiente de estandarización). ¿Cómo podría el sector privado manejar una situación en la que un miembro de una organización jurídica viola una ley exclusiva de otra organización jurídica? Son posibles varios acuerdos. Por ejemplo, un individuo con aversión al

riesgo que espera encontrarse en situaciones en las que pueda violar inadvertidamente una ley desconocida podría asegurarse contra esa posibilidad. Así, su compañía de protección pagaría su multa (o fianza), y él no sufriría ninguna pérdida personal exorbitante. En este escenario, la ley relevante es la del grupo que se infringe.

La ley de una comunidad puede implicar una multa que la mayoría de la sociedad considera irrazonable, o la propia ley puede ser considerada comúnmente como irrazonable. La imposición a los forasteros de leyes que no están en consonancia con las que existen en la mayoría de las demás comunidades aumenta sin duda las posibilidades de violencia. Sin embargo, si dicha ley es violada por alguien de otra comunidad, ambos grupos tienen fuertes incentivos para evitar un enfrentamiento violento. En la mayoría de los casos, un acuerdo negociado o arbitrado reduciría el coste para el acusado y sus aseguradoras por debajo de lo que induciría a la violencia. Una comunidad que insiste en imponer estrictamente su propia moral y sus sanciones a los forasteros se enfrentará inicialmente a continuos enfrentamientos, seguidos de sanciones de boicot por parte de otras comunidades cuyos residentes se niegan a viajar o comerciar con ellos, o a llegar a acuerdos recíprocos para ceder a los acusados de violar sus leyes. Una comunidad que se aísla no sobrevivirá en un entorno de libre mercado competitivo. Aquellos que mantienen las normas que la comunidad desea imponer, pero de forma relativamente débil, se irán primero, y otros les seguirán a medida que los valores de la propiedad y los ingresos generados por el comercio disminuyan. Si una comunidad desea imponer leyes que difieren sustancialmente de la norma, sus miembros tienen fuertes incentivos para informar a los de fuera de las diferencias con el fin de evitar conflictos y minimizar la dificultad de mantener leyes no estándar. Parte de los acuerdos recíprocos con otras comunidades y ejecutores de la extradición puede ser el reconocimiento explícito de las diferencias en las leyes y los procedimientos para tratar los conflictos.

Este argumento proporciona otra razón para la tendencia a la estandarización de la ley bajo la privatización. Ninguna comunidad puede imponer eficazmente su voluntad a los forasteros sin el apoyo de éstos. Las leyes para los miembros de una comunidad pueden ser relativamente restrictivas, pero las leyes que se aplican a los de fuera tendrán que moderarse si la comunidad quiere sobrevivir. Sneed llegó a la conclusión de que, aunque las leyes no serán uniformes, existe una fuerte tendencia a estandarizarlas en el tratamiento de la violencia y del comercio "debido a consideraciones de costes de transacción y a los costes de mantener un stock de conocimiento de otras [leyes]". Las diferencias. ...sólo existirían en aquellas áreas en las que la demanda de una aplicación no estándar supera las economías de la estandarización. Estas áreas consistirían en gran medida en demandas de aplicación basadas en convicciones morales y religiosas".⁴⁵

Sin duda, habrá individuos que no se unirán a ningún acuerdo de cooperación para la aplicación de la ley y que se negarán a reconocer cualquier norma de derecho. Después de todo, hay miles de ellos en nuestra sociedad ahora y hay pocas razones para esperar que la privatización los cambie a todos de alguna manera. ¿Cómo se tratará a estas personas con la privatización? En primer lugar, se les dejará en paz a menos que violen los derechos de otra persona. En segundo lugar, tendrán que defenderse a sí mismos y a su propiedad por su cuenta. ¿Pero qué ocurre cuando violan una ley? Históricamente, todos los sistemas jurídicos consuetudinarios y el derecho de muchos sistemas jurídicos privados más recientes tenían como amenaza de último recurso la forma definitiva de ostracismo.⁴⁶ Un individuo que cometía un delito grave y luego se negaba a someterse a la justicia legal era declarado proscrito, y cualquiera era libre de tomar cualquier propiedad de esa persona y de quitarle la vida. Tales acciones no eran ilegales cuando se cometían contra un forajido, por lo que la víctima o la organización a la que pertenecía tenían fuertes incentivos para perseguir al forajido y obtener una restitución (o venganza). Una contingencia de este tipo probablemente también surgiría en un sistema moderno de ley y orden privatizados.

"¡Ah, ja!", podría decir el gubernamentalista, "el derecho privado, en última instancia, se reduce a no tener ley, a gobernar mediante la violencia". Pero, como he subrayado una y otra vez, el sector privado establecerá leyes e instituciones que minimicen las posibilidades de recurrir a este último recurso. Y lo que es más importante, el mismo último recurso ya subyace en el actual sistema de derecho producido públicamente. Un delincuente que se resiste a ser detenido puede ser asesinado por la policía y su propiedad puede ser confiscada por el Estado. Todos los sistemas se rompen cuando la gente se niega a participar en ellos. La pregunta es: ¿qué sistema tiene más probabilidades de tener que recurrir a esa forma definitiva de ostracismo? La evidencia histórica es que el orden público privatizado ha estado relativamente libre de violencia.⁴⁷

Tribunales privados

He sugerido que es probable que los acuerdos contractuales para el arbitraje y la mediación surjan dentro de los grupos y comunidades que se organizan para la seguridad conjunta. Estos grupos y comunidades pueden estar geográficamente localizados, pero también pueden estar geográficamente dispersos y funcionalmente "localizados". Por ejemplo, la "comunidad empresarial" probablemente establecerá sus propios sistemas legales y de adjudicación, dada la evidencia histórica del Comerciante de la Ley y el amplio uso actual del arbitraje por parte de grupos empresariales, asociaciones comerciales y otras organizaciones industriales.⁴⁸ Además, si surgen los acuerdos recíprocos entre comunidades, entonces las comunidades y los organismos tendrán incentivos muy fuertes para buscar jueces para la resolución de disputas tanto intercomunitarias como intracomunitarias que no sólo tengan reputación de imparcialidad, sino que emitan opiniones claras que puedan utilizarse como guía para resolver futuras disputas, es decir, precedentes. Los jueces que emiten este tipo de dictámenes obtendrán mucho más negocio (si no todo el negocio) que los jueces que emiten dictámenes vagos, ininterpretables o secretos. ¿Por qué? Los litigios son costosos y siempre plantean la posibilidad de violencia, y los encargados de hacer cumplir la ley en el sector privado evitarán estos costes si es posible. Obsérvese que la preocupación de un organismo de seguridad o de una comunidad que representa a una víctima es mucho mayor en este sentido que la preocupación de los litigantes individuales en nuestro sistema actual, ya que estas empresas o comunidades representan a muchas víctimas y delincuentes potenciales y, por tanto, a muchos posibles enfrentamientos futuros.

Hay otra razón para exigir decisiones claras y bien fundadas. Smith se refiere a ella como el "aspecto de la verificación".⁴⁹ Para poner fin satisfactoriamente a un conflicto, la decisión debe ser aceptable -verificable- no sólo para la víctima y el infractor, sino también para los grupos o empresas que representan a estas partes y para los grupos que podrían verse arrastrados a un enfrentamiento con uno de los grupos implicados en el conflicto. La disposición de otras empresas y organizaciones a celebrar y respetar acuerdos recíprocos, como los contratos de extradición, con los implicados en la disputa depende en parte de la forma en que se gestionen ésta y otras disputas. Si los litigios de una organización se someten a jueces cuyas opiniones no son claras y bien fundadas, esa organización tendrá problemas para influir en la elección de un juez y para apoyar de otro modo a su clientela en los litigios no internos.

Smith predijo que los tribunales privados tendrían que 1) permitir el acceso de los ciudadanos a los juicios para que terceras partes pudieran observar los procedimientos (podrían surgir excepciones si las partes en el pleito tuvieran fuertes demandas de privacidad), 2) hacer que los detalles de los procedimientos de ese tribunal fueran accesibles a cualquier tercera parte interesada, y 3) hacer que los registros precisos de un juicio estuvieran disponibles para cualquiera que quisiera revisarlos.⁵⁰ Estas predicciones parecen estar respaldadas por la mayoría de los ejemplos históricos de tribunales

privados. La descripción de Popisil de los procedimientos judiciales entre los kapauku primitivos, por ejemplo, destacaba la naturaleza "pública" de los juicios y los esfuerzos que los tonowi hacían para establecer firmemente el precedente legal de su solución a una disputa.⁵¹ Del mismo modo, los tribunales medievales islandeses, anglosajones y de Law Merchant eran foros públicos.⁵² A pesar de que un aspecto bien publicitado de los sistemas modernos de arbitraje y de alquiler de jueces es su secretismo, esto no contradice necesariamente a Smith o a la evidencia histórica que lo apoya. Después de todo, lo que vemos hoy es un sistema relativamente limitado de tribunales privados. Los litigantes que tienen un fuerte deseo de privacidad no pueden obtenerla de los tribunales públicos, por lo que pueden tener los mayores incentivos para emplear los tribunales privados hoy en día. Con la privatización completa, habrá muchas disputas que exigirán decisiones claras para el escrutinio público.

Los acuerdos contractuales privados pueden crear una fuerte demanda de decisiones claras, bien fundadas e imparciales, el tipo de decisiones que sirven de precedente, sea esa su intención o no. En efecto, dados los contratos y acuerdos entre diversos grupos y empresas de protección, los beneficios de los precedentes estarían internalizados. La internalización surge debido a la cooperación y competencia recíprocas entre numerosos grupos identificables y no por la fusión de esos grupos en una única entidad política (gobierno).

Los acuerdos contractuales entre organizaciones dispersas para fomentar el arbitraje de las disputas entre los miembros también aumentan la probabilidad de estandarización de ciertos aspectos del derecho. En efecto, el derecho se desarrollará a través de la resolución de disputas para facilitar la interacción entre los grupos - el derecho basado en la costumbre común como se refleja en las sentencias anteriores. Los aspectos del derecho de un grupo concreto que resulten eficaces pueden ser revelados a otro grupo en el proceso, y éste también puede adoptarlo. Este tipo de proceso caracterizó la estandarización del Derecho Mercantil en toda Europa Occidental.⁵³ Las normas eficientes adoptadas por una comunidad mercantil tendían a extenderse a otras comunidades con bastante rapidez. Además, las economías de estandarización estarán disponibles a medida que se dicten sentencias entre grupos que podrían facilitar la solución de (sentar precedentes para) futuras disputas dentro del grupo.

Algunos han criticado los sistemas privados de adjudicación por carecer de dos mecanismos institucionales: el juicio con jurado y los tribunales de apelación. En un sistema privado, los juicios con jurado se ofrecerán si se demandan, suponiendo que la demanda sea lo suficientemente fuerte como para pagar el coste total del juicio. Por supuesto, los juicios con jurado serían relativamente más caros que los juicios sólo con jueces, por lo que son relativamente menos probables bajo la privatización que bajo un sistema público. Pero eso no es necesariamente malo. Como señaló Person, los juicios con jurado "son de gran importancia en los tribunales públicos como medio de protección contra un juez hostil, pero de menor importancia cuando las partes seleccionan a sus propios jueces".⁵⁴ De hecho, los jurados fueron desarrollados por los reyes normandos con fines inquisitoriales y finalmente fueron aceptados como una institución deseable porque servían de contrafuerza a los jueces de los tribunales del rey.⁵⁵

Los tribunales de apelación también estarán disponibles si hay suficiente demanda. No habrá un "tribunal supremo" monopolizado, por supuesto, simplemente porque no hay suficientes economías de estandarización en la adjudicación como para esperar eso. Pero puede haber tribunales de apelación competitivos, al igual que hay jueces competitivos para el examen inicial de un litigio. Los tribunales podrían servir como foros iniciales para algunas disputas y tribunales de apelación para otras, pero también podría haber un grupo especializado de jueces que sólo consideren las apelaciones. Dada la existencia de tribunales de apelación pero no de un tribunal supremo, ¿qué impedirá que un delincuente presente un número interminable de recursos? Con toda probabilidad,

los acuerdos contractuales para la resolución de conflictos dentro de una comunidad u organización de seguridad concreta especificarán un procedimiento de apelación y pondrán un límite al número de recursos. Rothbard sugirió que un probable "punto de corte. . ya que hay dos partes en cualquier delito o disputa. . . [es que] la decisión a la que lleguen dos tribunales será vinculante. Esto cubrirá la situación cuando los tribunales [preferidos] del demandante y del demandado lleguen a la misma decisión, así como la situación cuando un tribunal de apelación decida sobre un desacuerdo entre los dos tribunales originales".⁵⁶ Esta sugerencia tiene una lógica atractiva y puede adoptarse en los acuerdos de contratación privada. Por supuesto, pueden surgir otros acuerdos (la Ley del Comerciante no permitía ningún tipo de recurso, por ejemplo, porque se consideraba que los costes en términos de retraso y de interrupción del comercio eran demasiado elevados).⁵⁷ Dado que surgirán contratos formales e informales entre los grupos para establecer procedimientos de resolución de disputas intergrupales, los procedimientos de apelación pueden establecerse también para esas disputas. Alternativamente, como parte del acuerdo para someterse al arbitraje, las partes pueden especificar un procedimiento de recurso y un punto de corte.

Hay que tener en cuenta que el sistema actual no garantiza el derecho de apelación ante el Tribunal Supremo de EE.UU. salvo en los casos más inusuales. Una parte debe solicitar la revisión, generalmente sobre alguna cuestión constitucional, y la petición puede ser denegada. Lo mismo ocurre con los tribunales supremos estatales. De hecho, pues, nuestro sistema cuenta con tribunales de apelación sin recurso.

Las sanciones de ostracismo y boicot, las prisiones privadas y el cobro de las multas

Una vez que se ha llegado a la resolución de un litigio, ¿cómo cobra el ganador al perdedor? Si el acusado pagó una fianza y pierde, entonces él y sus aseguradoras pueden simplemente perder la fianza. Pero las aseguradoras se enfrentan a la misma cuestión: ¿Cómo son reembolsados por el delincuente? ¿Por qué iba alguien a pagar una multa o a saldar una deuda si no existe el poder coercitivo del Estado para obligar al pago? El ostracismo y las sanciones de boicot convencerán a muchos de que paguen sus deudas. Como sugirió Swartz, "debido a los hábitos gregarios de los seres humanos, ser puesto totalmente fuera de la sociedad sería más doloroso para muchos que ser encarcelado en una prisión con otros. Infligir tal castigo tiene muchas ventajas para la organización defensiva que hace uso de él. Es sencillo; se aplica de forma fácil y barata; no implica, en teoría, ninguno de los elementos de la fuerza física y, sobre todo, no es en sí mismo un acto invasivo."⁵⁸ La eficacia potencial de las amenazas de ostracismo/boicot se ve reforzada en el marco de los acuerdos contractuales previstos anteriormente. Si parte de los acuerdos de seguro celebrados por una sociedad es la provisión de crédito para pagar fianzas o multas importantes, entonces la responsabilidad de cobrar al delincuente se desplaza de la víctima a la organización de seguridad del delincuente y, por tanto, a su comunidad (ya sea localizada geográficamente o funcionalmente).

Algunos podrían argumentar que el ostracismo no será eficaz en nuestra sociedad moderna y móvil. Un individuo podría abandonar su comunidad y unirse a otra, obteniendo los beneficios de la interacción social pero evitando el pago de la deuda. Pero "hoy en día, la tecnología moderna, los ordenadores y las calificaciones crediticias harían que tal. . .ostracismo sea aún más eficaz de lo que ha sido en el pasado".⁵⁹ Esto no significa que algunos delincuentes culpables no huyan e intenten esconderse. Significa que es probable que la red de contratos recíprocos de cooperación entre varias comunidades y sus organismos de justicia impidan que ese individuo obtenga los beneficios de unirse a alguna otra comunidad. Los incentivos de los miembros de una organización de protección para excluir a los individuos que puedan llevarles a situaciones de confrontación, aumentando así sus costes (por ejemplo, sus primas de seguro), serán muy fuertes en un sistema privatizado. Así,

comprobarán los antecedentes de cualquier nuevo participante, del mismo modo que un banco privado comprueba a un solicitante de préstamo, a través de un acuerdo de mercado establecido que realiza comprobaciones de crédito. La misma tecnología se adaptaría fácilmente para realizar comprobaciones de antecedentes antes de admitir a alguien en una organización de protección.

Una preocupación más relevante es que los infractores puedan ser incapaces de cumplir sus obligaciones financieras. Si un delincuente no puede ser multado adecuadamente, ¿se romperá el sistema? Friedman, en su examen de la justicia islandesa medieval, sugirió que una variante de la deuda islandesa -la trilogía- resolvería el problema de los infractores a prueba de juicios. Propuso: "Un acuerdo que protege al criminal condenado contra los abusos más evidentes sería que el .delincuente. ...tenga la opción de. ...aceptar ofertas por sus servicios. El empleador que hiciera esa oferta ofrecería al delincuente unas condiciones de trabajo determinadas (posiblemente dentro de una prisión privada, posiblemente no) y una tarifa determinada con la que el empleador pagaría la multa. Para obtener la custodia del delincuente, el empleador obtendría su consentimiento y depositaría una fianza ante el tribunal por el importe de la multa".⁶⁰ El delincuente podría elegir entre el ostracismo o el pago voluntario de la multa. Los contratos entre el deudor y la víctima, o más probablemente las aseguradoras del deudor, especificarían las condiciones de trabajo. Si las aseguradoras perciben poco riesgo de que el deudor reniegue, pueden permitirle seguir en su oficio actual y hacer pagos periódicos. Si se percibe que el riesgo de renegación es grande, se pueden prever en el contrato la seguridad y la supervisión. Por ejemplo, en un programa de restitución llamado EARN-IT, en el condado de Quincy (Massachusetts), cuarenta empresarios locales proporcionaron puestos de trabajo a los delincuentes que no pueden encontrar trabajo en otro lugar.⁶¹ Los empresarios actuaban como supervisores durante las horas de trabajo, y los delincuentes informaban a los agentes de libertad condicional. En otros programas experimentales de restitución, los delincuentes volvían a la cárcel o a una "casa de acogida" por la noche.

Si el riesgo de renegación es lo suficientemente grande, se podría emplear a un "especialista penal". Sneed predijo que surgiría un sistema penal competitivo en el que varias empresas pujarían por el empleo del convicto en condiciones seguras.⁶² Además, la compañía de seguros/convicto tendría derecho a rescindir el contrato si la empresa penitenciaria no cumpliera su acuerdo, garantizando que el convicto ganara el mayor salario posible para poder salir de la cárcel lo antes posible. Tanto si surge este acuerdo contractual como si no, el sistema penitenciario privado se diferenciará de las cárceles públicas actuales.

Una diferencia importante entre las prisiones de un sistema totalmente privatizado y las actuales prisiones públicas es que quienes dirigen las empresas penales privadas tendrán fuertes incentivos para tratar bien a los presos. Estos incentivos se ven reforzados por un acuerdo que asegure la movilidad de los presos, como subrayó Sneed, pero existen incluso sin un alto grado de movilidad. Después de todo, es probable que la productividad de una persona y, por tanto, la tasa de pago de la deuda en un sistema de este tipo se vean influidas significativamente por el trato que reciba. Una persona embrutecida no podrá o no querrá rendir bien. La empresa penal comprará un contrato con el deudor a una víctima o a su aseguradora y asumirá el riesgo del pago de la deuda, o contratará la supervisión del delincuente mientras éste realiza los pagos directamente a la aseguradora (o quizás a la víctima) que quiere que la deuda se salde lo antes posible. Una empresa con reputación de maltratar a los presos no recibirá mucho negocio. Por tanto, las fuerzas de la competencia actúan para impedir el trato inhumano a los presos, incluso sin la movilidad de los mismos. Esto contrasta fuertemente con el tratamiento de los presos en nuestro sistema penal actual.⁶³

Dado que el esfuerzo de un preso se recompensa directamente, éste puede predecir y determinar parcialmente la duración de su condena. La moral de los presos mejoraría, lo que facilitaría su eventual rehabilitación. 64 Hay una serie de razones para esperar que la rehabilitación sea mucho más eficaz con este sistema que con los esfuerzos actuales.⁶⁵

Al hablar de los programas de trabajo para generar restitución, Poole subrayó que "al integrar al delincuente en la fuerza de trabajo y hacerle asumir la responsabilidad de su delito, la restitución puede hacer más para rehabilitar a los delincuentes que todos los programas de fantasía ideados por psicólogos y sociólogos en el último cuarto de siglo".⁶⁶ Dado que el propósito de la prisión en un sistema de este tipo es permitir que el delincuente trabaje para pagar una deuda, existen incentivos para que el tiempo del preso tenga un uso más productivo. Esto contrasta con los sistemas penitenciarios actuales, en los que los reclusos están ociosos, se les pone a trabajar en labores serviles para mantener la prisión (por ejemplo, en la lavandería, la cocina o la tienda de la prisión), o se les dedica a programas de trabajo de fabricación (por ejemplo, la fabricación de matrículas). El uso productivo del tiempo de los reclusos les proporcionará incentivos para desarrollar nuevas habilidades comerciales o reforzar las existentes. Les enseñará la disciplina necesaria para mantener un trabajo en el mercado después de su liberación.⁶⁷ Los reclusos tendrán incentivos para cooperar con el programa. Pero estos incentivos van más allá de la posibilidad de adquirir una habilidad comercial. La naturaleza autodeterminante de una sentencia significa que cuanto más trabaje un preso, más rápido obtendrá la libertad. "Sería dueño de su destino y tendría que afrontar la responsabilidad. Esto fomentaría una actividad útil y productiva e inculcaría una concepción de recompensa por el buen comportamiento y el trabajo duro."⁶⁸ Estos incentivos podrían tener un importante impacto rehabilitador.

La violencia y el abuso de drogas son problemas importantes en las prisiones modernas.⁶⁹ Ninguno de ellos es tan probable en un sistema privatizado. Bajo los acuerdos actuales, un preso se sacrifica muy poco si participa en la violencia o consume drogas; bajo un sistema privatizado, se sacrifica mucho más porque está trabajando para su liberación. Las drogas pueden reducir la productividad y retrasar la excarcelación, y el riesgo de sufrir lesiones que retrasan considerablemente la excarcelación es un factor disuasorio importante para la violencia. En un sistema privado, "el convicto tendrá un incentivo directo para mostrar un buen comportamiento. Cuanto mejor riesgo parezca ante la agencia penal, más probable será que se le permita la libertad condicional u otras libertades en aras de aumentar su productividad."⁷⁰ Incluso en el marco del programa de novedades de Maine, en el que no era probable que se concedieran mayores libertades, los principales productores de novedades utilizaron su poder económico para "contrarrestar el robo. . . y el gamberrismo en general" porque amenazaba sus empresas.⁷¹

Sneed concluyó: "Nuestro análogo a la prisión no sería, como hoy, una institución brutal que funciona principalmente para enseñar a los brutos a ser más brutos, sino que se convertiría casi en un centro de tratamiento, un lugar para aprender a vivir pacíficamente en la sociedad exterior. Nuestro sistema actual sólo enseña a vivir en la cárcel".⁷² Esta es una consideración importante para quienes cuestionan la eficacia de las sanciones de ostracismo y boicot. La experiencia "carcelaria" bajo la privatización no será comparable a la que afronta un convicto en nuestras "modernas" prisiones públicas. El delincuente obtendrá algo a cambio de su acuerdo de someterse a un programa de trabajo supervisado: recibirá formación y experiencia en el trabajo con una habilidad comercializable en un entorno humano. Por lo tanto, los incentivos para evitar este "castigo" son considerablemente más débiles que en el sistema actual, por lo que la severidad de la amenaza de ostracismo necesaria para inducir el cumplimiento será considerablemente menor de lo que cabría esperar teniendo en cuenta los castigos públicos existentes.

Conclusiones

A algunos lectores les parecerán extravagantes, e incluso aterradoras, las propuestas aquí esbozadas. Puede que sostengan que un sistema así nunca podría funcionar y que los esfuerzos por aplicarlo nos empujarían hacia una sociedad violenta y sin ley. Para los que se sientan así, permítanme subrayar que las leyes e instituciones descritas en este capítulo son simplemente predicciones. Probablemente surgiría algo mucho más sofisticado, algo que ni siquiera yo puedo visualizar. Ciertamente, cualquier propuesta de abandonar un sistema que funciona, por imperfecto que sea, debe ser tratada con precaución. La posibilidad de acabar con un sistema que no funciona es definitivamente aterradora. Por supuesto, es probable que el movimiento hacia un sistema como el descrito aquí sea gradual, por lo que no debemos temer un trastorno inmediato de la vida y la ley.

Pero consideremos la siguiente cuestión: ¿Por qué confiamos las decisiones relativas al suministro de nuestros alimentos y ropa, dos grupos de productos que son más inmediatamente vitales para nuestra supervivencia que la ley y el cumplimiento de la misma, a individuos del sector privado que operan en un sistema de mercado que fue creado a través de un proceso de evolución espontánea? ¿Por qué permitimos que el gobierno interfiera e intente dominar el mismo tipo de sistema que produciría eficiente y eficazmente la ley y su aplicación? Si un monopolio gubernamental puede hacer un mejor trabajo produciendo la ley y distribuyendo los recursos para su aplicación, ¿por qué no puede también hacer un mejor trabajo produciendo alimentos y distribuyéndolos? Los consumidores estadounidenses están acostumbrados a la forma eficiente y eficaz de obtener alimentos, y no soportarían un "Servicio de Alimentos de los Estados Unidos" que siguiera el modelo del Servicio Postal de los Estados Unidos, con sus colas y la lentitud de los empleados. Sin embargo, toleramos los retrasos y la lentitud de la justicia, tal vez porque no tenemos que obtener justicia con tanta frecuencia como necesitamos obtener alimentos y ropa y porque no estamos acostumbrados a un sistema más eficiente.

A pesar de toda la sofisticación que muchos observadores le atribuyen, nuestro sistema jurídico gubernamental interrumpió y frenó la evolución de un sistema jurídico superior. El derecho consuetudinario sigue rigiendo la mayoría de nuestras interacciones, pero no es reconocido como ley por la mayoría de los miembros de la sociedad. El reconocimiento del derecho consuetudinario como sistema superior puede resurgir, y las instituciones gubernamentales que impiden su crecimiento y aplicación pueden ser desmanteladas. Espero que los argumentos presentados en este libro sean lo suficientemente sólidos como para convencer a los lectores de que confiar en el derecho consuetudinario y en la provisión del sector privado para la aplicación de la ley no es "descabellado" ni "aterrorador". Algunos pueden incluso convencerse de que el sector privado podría hacer un trabajo relativamente bueno en la creación y protección de la libertad individual y los derechos de propiedad privada. Tal vez el proceso de privatización se acelere un poco como consecuencia.

Puede que se acerque el momento de un cambio significativo. Las últimas décadas han sido testigo de una reducción sustancial de la confianza de los estadounidenses en sus instituciones y líderes gubernamentales.⁷³ Desde finales de la década de 1950 hasta mediados de la década de 1970, la confianza en el gobierno declarada por los propios ciudadanos cayó de casi el 80% de la población a aproximadamente el 33%.⁷⁴ Tal vez la gente esté pronto dispuesta a considerar el abandono de las instituciones gubernamentales en favor de alternativas del sector privado, incluso en la ley y su aplicación. El rápido crecimiento de la policía privada y de las industrias de adjudicación atestiguan el hecho de que muchos estadounidenses ya están adoptando tales alternativas.

Por supuesto, pueden quedar muchos interrogantes, incluso para aquellos que consideran que los argumentos a favor de la privatización son convincentes. Algunos pueden aceptar la idea de una privatización parcial y una participación relativamente limitada del gobierno en la producción y

aplicación de la ley para internalizar plenamente los beneficios externos. Posiblemente una participación limitada del gobierno sería incluso mejor que una privatización completa. Friedman considera esta posibilidad de la siguiente manera:

Tal vez sería -si el gobierno se mantuviera así. . . . Uno no puede simplemente construir cualquier característica imaginable en un gobierno; los gobiernos tienen su propia dinámica interna. Y la dinámica interna de los gobiernos limitados es algo con lo que, a nuestro pesar, tenemos bastante experiencia práctica. Se necesitaron 150 años, comenzando con una Carta de Derechos que reservaba a los estados y al pueblo todos los poderes no delegados explícitamente al gobierno federal, para producir un Tribunal Supremo dispuesto a dictaminar que cultivar maíz para alimentar a tus propios cerdos es comercio interestatal y, por tanto, puede ser regulado por el Congreso.

. . . [La lógica del gobierno limitado es crecer. Hay razones obvias para ello en la naturaleza del gobierno, y muchas pruebas. Las constituciones proporcionan, como mucho, una restricción modesta y temporal. Como se supone que dijo Murray Rothbard, la idea de un gobierno limitado que permanece limitado es realmente utópica.⁷⁵

Todos los aspectos de la participación del gobierno en la ley y el orden comenzaron siendo muy limitados (o inexistentes). Los tribunales reales ingleses tenían inicialmente jurisdicciones muy limitadas. Luego comenzaron a competir con otros tribunales en la adjudicación de leyes más diversas. Tenían una ventaja "competitiva" en el sentido de que parte del coste de su uso se trasladaba a los contribuyentes en lugar de ser asumido por los litigantes. Varios grupos de interés estaban contentos de trasladar sus costes de servicios de protección y de aplicación de sus leyes a otros utilizando los tribunales gubernamentales y, posteriormente, los vigilantes, la policía y los fiscales del gobierno. Las entidades gubernamentales estuvieron encantadas de complacerles. La combinación de búsqueda de poder y crecimiento burocrático por parte de los funcionarios del gobierno y la búsqueda de transferencias (o rentas) por parte de los grupos de interés convierte inevitablemente al gobierno limitado en un gran gobierno. Nuestros padres fundadores ciertamente nunca podrían haber imaginado el sistema de gobierno omnipresente que tenemos hoy, dados sus claros y evidentes esfuerzos por limitar su poder. Un sistema de derecho consuetudinario con aplicación privada puede no ser perfecto. Un gobierno ideal y permanentemente limitado podría ser una mejora, pero ningún gobierno va a ser ideal ni puede ser permanentemente limitado. En un plazo relativamente corto, la ineficiencia del gobierno sería significativamente mayor que las ineficiencias del mercado que un gobierno limitado podría aliviar. Y una vez que el gobierno ha crecido, particularmente al nivel que experimentamos actualmente, es extremadamente difícil reducirlo a su tamaño óptimo limitado.

Sin embargo, hay un problema con este argumento. La empresa de derecho descrita aquí supone que no hay gobierno coercitivo. Un sistema así requeriría una concentración de poder insuficiente para que un grupo u organización pudiera imponer su voluntad a los demás. Esta diversificación del poder es ciertamente posible, y la monopolización de los servicios de seguridad interna en un mercado privado competitivo es muy improbable. Pero una amenaza externa de un gobierno extranjero puede requerir la organización de las fuerzas militares (consolidación de las organizaciones de defensa, en lugar de la competencia).

La ley gubernamental y la aplicación coercitiva podrían surgir por una de estas dos razones 1) la amenaza externa es tan fuerte que supera a la población interna y somete a esa población a su ley gubernamental, o 2) para resistir la amenaza externa, el poder se concentra tanto internamente que no se puede resistir la formación del gobierno. Una vez que esto sucede, se producirá el inevitable crecimiento del gobierno al que se refiere Friedman, en parte porque los que están en el gobierno quieren más poder y lo toman en cada oportunidad. Si todo el mundo se resistiera a ese crecimiento del gobierno, podría ser factible un gobierno verdaderamente limitado, pero muchos individuos

verán el potencial de beneficio personal a través del uso del poder gubernamental. El gobierno puede arrebatar propiedades y restringir los derechos de algunos individuos para transferir propiedades o privilegios a otros. Así, los gobernantes pueden comprar el apoyo de una parte de la población. La alteración de los derechos de propiedad requiere una legislación, por supuesto, y así nace la función legislativa del gobierno.

¿Significa esta perspectiva pesimista sobre la posible supervivencia de un sistema consuetudinario de derecho y orden que los argumentos presentados aquí son inútiles? En absoluto. Se están privatizando muchos aspectos de la empresa del derecho, los beneficios de la privatización son sustanciales y abundan los ejemplos históricos de sistemas de derecho consuetudinario que han tenido éxito. Además, los argumentos a favor de la producción gubernamental de la ley y el orden son generalmente falsos. La mayor resistencia a la privatización surge de los motivos de interés propio de quienes están en el gobierno o de quienes obtienen transferencias a través del sistema legal, y el fracaso del gobierno en la provisión de la ley y el orden es significativo. Por último, se pueden visualizar acuerdos privados para la producción y aplicación de la ley. Por lo tanto, la producción gubernamental del orden interno es innecesaria, y está justificada toda la privatización que pueda desarrollarse. Si se reconoce que las excusas para ampliar la participación del gobierno en la empresa del derecho no son válidas, tal vez la resistencia al crecimiento del gobierno sea un poco más fuerte. Tal vez incluso se pueda invertir la tendencia. El hecho de que el gobierno pueda ser inevitable para una sociedad mientras exista un gobierno agresivo en otro lugar no es ciertamente una razón para aceptar el nivel de implicación gubernamental que tenemos hoy en día o para desalentar o impedir cualquier privatización que esté actualmente en marcha.

NOTAS

1. Véase James N. Buchanan, "Before Public Choice", en *Explorations in the Theory of Anarchy*, ed., Gordon Tullock (Blacksburg, Va. Gordon Tullock (Blacksburg, Va.: Center for the Study of Public Choice, 1972), p. 37.
2. *Ibid.* Véase también James N. Buchanan, *Freedom in Constitutional Contract* (College Station: Texas A & M University Press, 1972).
3. Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press, 1964), pp. 23-24.
4. Véase, por ejemplo, F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1 (Chicago: University of Chicago Press, 1973, p. 59; y Bruce L. Benson, "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies: Law Without Government", *Journal of Libertarian Studies* 9 (invierno de 1989): 1-26.
5. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, p. 55. Curiosamente, Hayek también propuso que un gobierno limitado bajo un contrato social era necesario para el mantenimiento del orden (véase el capítulo 11).
6. Fuller, *The Morality of Law*, pp. 128-129.
7. Véase, por ejemplo, Benson, "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies"; Leopold Popsil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory* (Nueva York: Harper and Row, 1971), p. 65; Joseph R. Peder, "Property Rights in Celtic Irish Law", *Journal of Libertarian Studies* 1 (1977): 82-94;
- David Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case", *Journal of Legal Studies* 8 (marzo de 1979): 399-415; Bruce L. Benson, "The Evolution of Law: Custom Versus Authority" (Manuscrito, Florida State University, Tallahassee, FL, 1990).
8. Benjamin R. Tucker, *Instead of a Book* (Nueva York: Benj. R. Tucker, Publisher, 1893), p. 59.
9. Richard A. Epstein, "The Static Concept of Common Law", *Journal of Legal Studies* 9 (marzo de 1980): 255.
10. Benson, "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies"; Benson, "The Evolution of Law".
11. David Friedman, *La maquinaria de la libertad: Guía para un capitalismo radical* (Nueva York: Harper and Row, 1973), pp. 173-174.
12. *Ibidem*, p. 174.
13. *Ibidem*, p. 175.
14. Por ejemplo, véase Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law".
15. Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law", p. 414. Véase también Randy E. Barnett, "Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice", *Ethics* 87 (julio de 1977): 293.
16. Véase Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law"; Peder, "Property Rights in Celtic Irish Law"; Benson, "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies"; Benson, "The Evolution of Law"; Walter Goldsmith, "Ethics and the Structure of Society: An Ethnological Contribution to the Sociology of Knowledge", *American Anthropologist* 53 (octubre/diciembre de 1951): 506-524; E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1954); R. F. Barton, "Procedure Among the Ifugao", en *Law and Warfare*, ed., Paul Bohannon (Garden City, 1954). Paul Bohannon (Garden City, N.Y.: The Natural History Press, 1967).
17. Robert W. Poole, Jr., "More Justice-For Less Money", *Fiscal Watchdog* (julio de 1977), p. 1.
18. Poole, "More Justice-For Less Money", p. 1. Véase también David C. Anderson, "EARN-IT: A Key to the Prison Dilemma", *Across the Board* 20 (noviembre de 1983): 34-42.
19. Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law", p. 408. Véase también Barnett, "Restitución", p. 29.
20. Véase Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy* 76 (marzo/abril de 1969): 191-193; George J. Stigler, "The Optimum Enforcement of Laws", *Journal of Political Economy* 78 (mayo/junio de 1970): 531.

21. Para otras posibilidades, véase Barnett, "Restitution", p. 288.
22. Richard Neely, *Why Courts Don't Work* (Nueva York: McGraw-Hill, 1982), p. 184.
23. Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law", p. 409.
24. Neely, *Why Courts Don't Work*, p. 161.
25. Becker, "Crime and Punishment", p. 194.
26. *Ibidem*, p. 196.
27. Ver, por ejemplo, Benson, "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies"; E. Adamson Hoebel, "Law-Ways of the Comanche", en *Law and Warfare*, ed., Paul Bohannon (Garden City, N.Y.: The Natural History Press, 1967).
28. Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law", p. 414.
29. William M. Landes y Richard A. Posner, "The Private Enforcement of Law", *Journal of Legal Studies* 4 (enero de 1975): 29.
30. J. Sneed, "Order Without Law: ¿Dónde mantendrán los anarquistas a los locos?" *Journal of Libertarian Studies* 1 (1977): 117.
31. Murray Rothbard, *For a New Liberty* (Nueva York: Macmillan, 1973), p. 225.
32. Véase, por ejemplo, Friedman, *The Machinery of Freedom*; Rothbard, *For a New Liberty*, pp. 222-228; Clarence L. Swartz, *What Is Mutualism?* (Nueva York: Vanguard Press, 1927), pp. 155-166.
33. Rothbard, *Por una nueva libertad*, p. 222.
34. *Ibid.*
35. *Ibidem*, p. 223.
36. Sneed, "Order Without Law", p. 119.
37. *Ibid.*
38. Rothbard, *Por una nueva libertad*, pp. 227-228.
39. Sneed, "Order Without Law", p. 119.
40. Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law".
41. Sneed, "Order Without Law", p. 120.
42. *Ibid.*
43. *Ibidem*, pp. 119-120.
44. Véase Benson, "The Evolution of Law".
45. Sneed, "Order Without Law", p. 121.
46. Benson, "The Evolution of Law"; Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law"; Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law"; John Umbeck, *A Theory of Property Rights With Application to the California Gold Rush* (Ames: Iowa State University Press, 1981); Terry Anderson y P. J. Hill, "An American Experiment in Anarcho-Capitalism: The Not So Wild, Wild West", *Journal of Libertarian Studies* 3 (1979): 9-29.
47. Véase, por ejemplo, Benson, "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies"; Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law"; Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law". Véase también el capítulo 2 y el apéndice del capítulo 12.
48. Leon Trakman, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law* (Littleton, Colo.: Fred B. Rothman and Co., 1983); Bruce L. Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", *Southern Economic Journal* 55 (enero de 1989): 644-661.
49. George Smith, "Justice Entrepreneurship in a Free Market", *Journal of Libertarian Studies* 3 (1979): 422-424.
50. *Ibidem*, p. 422.
51. Popisil, *Antropología del Derecho*, p. 36.
52. Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law"; Benson, "The Evolution of Law"; Trakman, *The Law Merchant*; Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law".
53. Trakman, *The Law Merchant*; Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983); Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law"; W. Mitchell, *Essay on the Early History of the Law Merchant* (New York: Burt Franklin, 1904).
54. Carl Person, "Justice, Inc.", *Juris Doctor* 8 (marzo de 1978), p. 34.
55. Véase Benson, "The Evolution of Law", para más detalles.
56. Rothbard, *Por una nueva libertad*, p. 234.
57. Trakman, *The Law Merchant*, p. 16; Benson, "The Spontaneous Evolution of Law".
58. Swartz, *What Is Mutualism?* pp. 165-166.
59. Rothbard, *Por una nueva libertad*, p. 231.
60. Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law", p. 415.
61. Anderson, "EARN-IT", p. 37.
62. Sneed, "Order Without Law", pp. 122-123.
63. En 1983, por ejemplo, 41 estados y el Distrito de Columbia estaban bajo orden judicial para remediar las condiciones de las prisiones o eran objeto de litigio. Véase U.S. Department of Justice, *Prisoners in 1983: Bulletin* (Washington, D.C.: Bureau of Justice Statistics, 1984).
64. Sneed, "Order Without Law", p. 123.
65. Ver Barnett, "Restitution", p. 293.
66. Poole, "More Justice-For Less Money", pp. 2-3.
67. De hecho, Sneed sugirió lógicamente que, dado que las empresas penales fabricarán productos comercializables, probablemente ofrecerán a los delincuentes un empleo continuado después de que hayan saldado sus deudas. Este potencial reduce la probabilidad de que un preso liberado vuelva a las actividades ilegales y se suma a la rehabilitación superior bajo la privatización, ya que muchos vuelven ahora a delinquir prácticamente por necesidad. Véase Sneed, "Order Without Law", p. 123.
68. Barnett, "Restitution", p. 294.
69. Jeffrey Shedd, "Making Good[s] Behind Bars", *Reason* 13 (marzo de 1982): 24-25.
70. Sneed, "Order Without Law", p. 123.
71. Shedd, "Making Good[s] Behind Bars", p. 27.
72. Sneed, "Order Without Law", p. 123.
73. Seymour Martin Lipset y William Schneider, *The Confidence Gap: Business, Labor and Government in the Public Mind* (Nueva York: The Free Press, 1983).
74. E. S. Savas, *Privatizing the Public Sector: How to Shrink Government* (Catham, N.J.: Catham House Publishers, 1982), p. 1.
75. Friedman, *The Machinery of Freedom*, pp. 200-201.

ÍNDICE

- Abscam, 172
Abuso de poder, 295, 296-7, 301, 304. Ver bajo Policía
Alcohol, Tabaco y Armas de Fuego, Oficina Federal de, 202
Alfredo (rey de Wessex), 28
Amercement, 51, 57, 71
Asociación Americana de Arbitraje, 216, 219-20, 237, 247
Asociación Americana del Automóvil, 275
Asociación Bancaria Americana, 236
American Bar Association, 153, 217
American Can Co., 224
Unión Americana de Libertades Civiles
grupos de interés, 106, 107, 114
cárceles, 189, 191, 301, 302, 304
Guerra Civil Americana, 217-8
Asociación Americana de Correccionales, 114
Asociación Americana de Cargadores de Algodón, 219
Federación Americana de Empleados Estatales, Municipales y de Condados, 332-3,
334. Ver también Sindicatos American Hotel-Motel Association, 236
Liga Americana para la Abolición de la Pena Capital, 114
Guerra de la Independencia Americana, 72, 292, 321-2
Oeste americano, 274, 294, 312-23. Véase también Vigilantismo
Amicus curiae, 114
Anderson, Annelise, 161
Anderson, Terry, 313, 315
Derecho angloamericano, 53, 65, 70, 105-6
Anglosajones, 14, 281-2. Véase también bajo Sanciones económicas
arbitraje, 22, 23-4, 25
tribunales (cientos), 23-4, 26, 48, 49, 51, 57, 365 delitos, 21-2
resolución de disputas, 22-6
aplicación, 22, 23, 27, 46
evolución del derecho, 21-31, 46
cientos (véase anglosajones, tribunales) derechos individuales, 21-2, 27
jurisdicciones, 22-4, 25-6, 28, 46
parentesco, 22, 24
reyes, 24, 25, 26-30, 46-7
parentesco, 23, 25
derechos de propiedad, 21-2, 27
fiscal, 69-70
castigo, 21, 22, 23, 24-6, 46, 70-1
capital, 24, 70
reciprocidad, 22-3, 24-5, 26-7, 47, 205, 276 restitución, 22, 24, 25-6, 30, 47
organización de garantía, 23-4, 26
diezmo, 23, 24, 25, 49, 211
Ley antimonopolio, 343
Recursos, 60-1, 366-7
Arbitraje, 1, 298. Véase también Asociación Americana de Arbitraje
Anglosajones, 22, 23-4, 25
comercial, 2, 5, 217-22, 223, 226-7, 278, 279 common law, 283
conflictos de consumo, 220
acuerdos contractuales, 216, 221, 359-61, 364 cooperación, 296
tribunales, 61, 342
derecho consuetudinario, 14, 228
definición, 213-4
aplicación, 342-3
evolución, 2, 220-2
influencia del gobierno, 220-2
comercio internacional, 229, 299
ley eludida por, 343-4
ostracismo, 360, 361
rendimiento, 246-7, 308
privatización, 184
secreto, 365
evitación de la violencia, 362-3
Aristocracia, 28, 29
Consejo Consultivo de Agentes de la Ley de Arizona, 186 Ashman, Charles, 161, 168
Instituto Marino Asociado, 188
Associated Press, 304
Asociación de Consumidores de California, 107
Asociación de Distribuidores de Alimentos, 219
Auerbach, Jerold S., 98, 285
Derecho autoritario, 35-6, 43-83, 269-328
anglosajones, 24, 25, 27 coerción, 43-4
derecho común, 59-62
derecho penal, 59, 106-7
definición, 12, 20
evolución, 30, 43-59
derechos individuales, 45
Kapauku Papuans, 25
reyes, 26-7
elaboración de leyes, 28
Comerciante de la ley, 33
tribunales mercantiles, 59-62
política, 87-104, 105-26, 127
derechos de propiedad, 44, 45
enfoque de elección pública, 87-143
reciprocidad, 45
actividades sancionadoras, 206-7
Fianzas, 361, 367
Baker, J.H., 22
Barnett, Randy E., 297, 344, 350
Beasley, Thomas, 189, 192, 302
Beaulieu, Joseph, 335
Becker, Gary S.
corrupción, 161, 173
teoría económica del crimen, 253, 258, 259, 310-1
grupos de interés, 173
privatización, 344, 350
Becker, Howard, 109
Sistemas de comportamiento del sudoeste, 182-3
Bennett, James T., 111
Bent, Alan, 132, 145
Bentham, Jeremy, 181
Berk, Richard, 106-7, 108
Berman, Harold J., 34, 76, 297, 298, 300
Consejo de las Mejores Empresas, 220
Carta de Derechos, 372
Mercado negro, 351. Véase también Mercados ilegales
Panteras Negras, 209, 306
Pandilla de los Blackstone Rangers, 208
Blair, Peter Hunter, 24, 27
Riña de sangre, 24-5
Blumberg, Abraham, 98, 114, 135-6
Bordua, David, 241, 242
Bork, Robert, 113
Departamento de Policía de Boston, 249
Corredores de la calle Bow, 74
Sanción del boicot, 15, 36, 296, 342, 363, 367-8, 370
Brackman, Harold, 106-7, 108
Brown, Richard Maxwell, 313
Buchanan, James, 13
Seguridad de Buchingham, 183
Presupuesto
burocráticos, 133, 140, 141, 274
judicial, 142
policía, 134, 136, 166, 274
Burocracia. Véase también Presupuesto, burocrático; Negociación, burocrática
tribunal, 96-7, 146
corrupción, 160, 166
justicia penal, 114, 136
discreción, burocrática, 132-3, 143-4, 160
crecimiento, 146
ineficiencia, 133, 190, 195, 196, 244-7, 338, 373
grupos de interés, 92-6, 127-58
rendimiento, 146-7, 307. Véase también Burocracia, ineficiencia
policía, 136-7, 146
oposición a la privatización, 337-8
asignación de recursos, 132-3, 135-7, 140-3, 235-7
secretismo, 144-6, 160
víctimas, 147-51
Burocratas. Véase bajo Grupos de interés
Burger, Warren, 99
Alamas antimotro. Ver en Sistemas de seguridad
Burns International Detective Agency, William J., 236
Burke, Edmund, 214
CBS, 186
Código Penal de California, 106-8
Asociación de Agentes de Policía de California, 106, 107
California, Proposición 9, 111
California, Colegio de Abogados del Estado, 106, 107
Camp, G.M., 239
Derecho canónico, 52, 297-8
Cantor, Rita, 335
Canuto (rey de Dinamarca), 28-9, 46
Pena capital
Anglosajones, 24, 70
derecho consuetudinario, 364
Kapauku papuans, 17-9, 356
modernos, 114-5, 296
Normandos, 47, 50, 53
proscritos, 295, 296
Carta Mercatoria, 60
Teoría de los cárteles, 89

Jurisprudencia, 58
 Casey, James, 319
 Cámara de Comercio, 221
 Chambliss, William, 71, 105, 106
 Childers, Don, 191
 Christy, John, 135
 Iglesia de Inglaterra, 54
 Church, Thomas Jr. y otros, 140
 City Venture, 192
 Civicourt, 223
 Leyes civiles, 62-3
 Derechos civiles, 120-2
 Secretario del Tribunal, 246
 Clinnard, Marshall, 251-2
 Clotfelter, Charles, 239, 261
 Coalición para los Servicios Legales, 111
 Coalición para Soluciones Sensibles y Humanas, 111
 Cockburn, J.S., 69
 Coacción, 272, 273, 285, 291-328, 373. Ver Vigilantismo
 derecho autoritario, 43-4
 derecho consuetudinario, 14, 321
 resolución de disputas, 295-7, 367
 Coke, Lord Edward, 53, 61, 224
 Cole, George, 116
 Coleman, William T., 316-7, 319-20
 Negociación colectiva, 220. Ver también Sindicatos
 Comercio, Departamento de EE.UU., 212 Tabla 9.3
 Derecho comercial, 30-41. Véase también Arbitrajes; Derecho consuetudinario;
 Derecho mercantil
 resolución de conflictos, 32, 33, 296
 evolución, 2, 32, 34-5, 40n.93, 228, 277-8, 297, 299
 internacional, 296
 reciprocidad, 31, 33
 estandarización, 300
 Revolución comercial, 31, 299, 349
 Derecho consuetudinario. Véase también Derecho mercantil; véase bajo Tribunales
 Anglosajones, 105-6
 anglosajón, 21-30
 derecho autoritario, 59-62
 contratos, 278, 279
 inglés, 224-6
 evolución, 5, 52, 56-7, 76-7, 273, 281-2, 283
 Derecho mercantil, 58, 60, 62, 226
 moderno, 228, 277, 344
 ostracismo, 36
 acusación, privada, 76
 Problema del fondo común. Ver Problema del fondo común
 Problema de los bienes comunes, 97-101
 infrutilización del fondo común, 172, 275-6
 corrupción, 159-60, 162-3, 164, 167, 168
 tribunales, 99-101, 116, 117-9, 133, 137-40
 aplicación, 136-7, 164
 elaboración de leyes, 98, 116-7, 143-4
 desempeño, 146, 311
 prisiones, 143-4
 asignación de recursos, 131
 Resolución de conflictos en la comunidad. Véase Resolución de conflictos, centros
 comunitarios
 Competencia, 146, 185, 245-6, 340
 contratación externa, 192, 194
 tribunales, 61, 225
 sistemas jurídicos, 44, 146, 298-9
 motivo de lucro, 185, 245-6
 Regla de la confesión, 66
 Confirmación de las Cartas, 56
 Conflicto de intereses, 184
 Congreso, EE.UU., 37, 292
 Cornifff, Mark, 301
 Constitución, 13, 53, 285, 321-3, 350, 372. Véase también Contrato social; Carta
 Magna
 Reglas de arbitraje del sector de la construcción, 219
 Contrato, libertad de, 76-7, 284
 Derecho contractual
 evolución, 283-4, 349
 cumplimiento, 285-6, 351
 Contratación externa, 179-99
 beneficios, 184-92
 competencia, 192, 194
 corrupción, 194-5
 ahorro de costes, 179-80, 185-9, 198n.61
 aplicación, 195
 protección contra incendios, 334-7
 incentivos, 192
 ineficacia, burocrática, 195
 oposición, burocrática, 193-4, 334
 rendimiento, 187-8, 189-90
 servicios policiales, 5, 179, 180-2, 184, 185-6, 187, 334
 prisiones, 179, 180, 182-4, 187, 192, 193-4, 195, 334
 protección, 357-61
 calidad de los servicios, 189-91, 193-4
 asignación de recursos, 196
 responsabilidad compartida, 191
 deficiencias, 193-6
 tipos de servicios, 179-80
 sindicatos, 186, 332-7
 Contratos
 arbitraje, 216, 221, 359-61, 364
 derecho mercantil, 32
 derecho común, 278, 279
 control de la delincuencia, 358
 derecho consuetudinario, 227-8
 resolución de disputas, 365-6
 aplicación, privada, 357
 mediación, 214, 364
 privatización, 279
 tribunales reales, 33
 Control Data Corporation, 192, 280
 Cook, Philip, 240
 Cooper, H.H.A., 139
 Cooperación, 274, 275, 350-1, 357. Véase también Reciprocidad
 Cora, Charles, 319
 Asociación del Comercio del Maíz, 218
 Castigo corporal
 Anglosajones, 25, 70
 Papúes de Kapauku, 18
 Normandos, 47-8, 50, 53
 Seguridad corporativa. Véase Seguridad corporativa
 Seguridad corporativa, Inc., 185, 203-5
 Correccionales. Ver Prisiones
 Correccions Corporation of America, Inc., 183, 186-7, 188, 189, 191, 192, 302
 Regla de corroboración, 65-6
 Corrupción, 159-75, 286. Véase también el problema de los bienes comunes
 Oeste americano, 315, 319
 burocracia, 160, 166
 competencia, 340
 contratación externa, 194-5
 detección, 163-8, 171-3
 crecimiento, 170-3
 incentivos, 159-70, 171-2, 297
 grupos de interés, 173, 248
 jueces, 162-3, 165, 166, 167, 168, 169, 172
 oportunidades, 159-61, 171
 policía, 165, 166, 168, 170, 172, 173
 política, 5, 159-75
 castigo, 166, 168-70
 asignación de recursos, 161, 172-3
 escándalos, 167-8, 172
 Costes. Véase también Policía
 ahorro en la contratación, 179-80, 185-9, 198n.61
 detección de la corrupción, 165-6
 tribunal, 100, 118, 140, 265-5n.43, 354, 366-7
 delincuencia, 253, 257-8, 310-1
 prevención de la delincuencia, 343
 a la delincuencia, 238
 corte, 301-2, 306
 toma de decisiones, 92-3
 aplicación de la ley, 60, 73, 115, 116
 protección contra incendios, 334
 expansión del gobierno, 332
 información, 89
 elaboración de leyes, 115
 presión política, 91
 organización, 89-90, 91, 98, 115-6
 prisiones, 180
 castigo, 354
 a la víctima, 148, 151, 354
 espera, 141
 Consejo de Mejores Empresas, 220
 Condados, 51, 57
 Patrones comerciales de los condados (Departamento de Comercio), 212
 Tabla 9.3
 Tribunal de lo Contencioso, 57
 Tribunal de Cuentas, 48, 49, 51, 57
 Tribunal de Justicia del Rey, 55, 57
 Tribunales. Véase también Anglosajones, Tribunales; Tribunal Supremo
 recursos, 60-1, 366-7
 burocrático, 96-7
 derecho común, 33, 51, 61, 224, 226, 278
 problema de los comunes, 99-101, 116, 117-9, 133, 137-40
 competencia entre, 61, 225
 corrupción, 160
 tiempo de los tribunales. Véase Tribunales, demanda de servicios
 demanda de servicios, 2
 retrasos, 5, 99, 118, 133, 217, 236, 251, 339
 discreción judicial, 139-43, 160
 privatización, 342, 355
 grupos de interés, 101, 112-5

discreción judicial, 139-43, 144, 160
 medieval, 365
 mercantil, 2, 33-5, 60, 61, 278, 365
 moderno, 3-4, 4 Tabla 1.1
 Normandos, 50, 51, 53
 Old Bailey, 65, 67-8, 69
 actuación, 5, 144, 149-51
 privado, 213-24
 recursos, 366-7
 beneficios, 273
 disputas civiles, 2
 costes para los pobres, 308-9
 decisiones, 364-5
 demanda, 288-9n, 30
 eficiencia, 246-7, 251, 277-81
 evolución, 224, 365
 crecimiento, 332, 372
 rendimiento, 301
 precedente, 142
 privatización, 184, 338-9, 345, 364-7
 especialización, 237-8
 público demanda, 288-9n, 30
 externalidad, 273
 justificación, 291-328
 Comerciante de la ley, 224-7
 rendimiento, 3, 256-8, 277-81, 338, 342
 precedente, 142
 oposición a la privatización, 338
 reforma, 118-9
 asignación de recursos, 137-9, 140-3, 280
 real, 33, 50, 53, 60, 61, 224
 inglés, 372-3
 establecimiento de instituciones, 57
 jueces, 51-2 (véase también Curia regis)
 secreto, 145, 157n, 53, 365
 grapa, 61
 en Estados Unidos, 298-9
 Crain, Mark, 113
 Instrumentos de crédito, 34-5
 Delito, 3, 13. Véase también Aplicación de la ley; Delito
 Anglosajones, 21-2
 control, privado, 259-63, 355
 corrupción, 160-1, 162
 detección, privada, 201-5, (véase también Policía, privada)
 disuasión, 238-44, 248, 255-6, 274, 355, 356 (véase también Vigilantismo)
 teoría económica, 161, 253-63, 310-1
 pandilla, 64, 65-6, 206
 crecimiento, 72, 238, 259
 delitos menores, 62-3
 normandos, 53
 organizados, 161, 163
 prevención, privada, 5, 201-5
 beneficios, 344
 grupos de interés, 147
 mejora del vecindario, 206-7
 organizaciones vecinales, 208, 238
 falta de inversión, 275-6
 voluntarios, 205-11
 programas para jóvenes, 205-6 (véase también Medidas de seguridad; Vigilancia
 vecinal; Patrullas de vigilancia)
 prevención, pública, 134-5, 147
 denuncia, 3-4, 5, 134-6, 151
 sin víctimas, 173, 286
 burocrático, 137
 no aplicación de la ley, 147, 344, 351, 354
 sobrecriminalización, 98, 135-6
 racionamiento de las prisiones, 143-4
 asignación de recursos, 116-7, 147, 238
 víctimas, 147-54
 Crime and Punishment-Changing Attitudes in America (Stinchcombe), 4 Tabla 1.1
 Sistema de justicia penal, 147-54
 crecimiento, 127, 128-30 Cuadros 6.1-6.3, 131
 rendimiento, 3, 136
 asignación de recursos, 116-7, 141
 víctima, 151
 Derecho penal. Véase también Crimen
 derecho autoritario, 59, 106-7
 corrupción, 160-1
 derecho consuetudinario, 351
 grupos de interés, 105-8, 116-7
 moderno, 106-8
 restitución, 59, 62-76
 real, 62-76, 275
 víctima, enjuiciamiento por, 64
 Criminalización, 170-3, 257, 275. Véase también Sobrecriminalización
 Programa de testigos de la Corona, 65-6, 70
 Cumíff, Mark, 189
 Curia regis, 48-9, 51, 52, 55. Véase también Tribunales, reales
 Costumbre, 2, 224-5, 226-7, 283, 366. Véase también Derecho consuetudinario;
 Derecho mercantil
 Derecho consuetudinario, 11-41, 224-30. Véase también Arbitraje;
 Mediación
 Oeste americano, 321-3
 anglosajones, 22-31
 características, 350-2
 coacción, 14, 321
 cooperación, 36, 350
 delitos, 13, 105-6
 definición, 12, 13
 resolución de conflictos, 36
 aplicación, 207
 evolución, 14, 28, 35-6, 40n, 98, 50, 66, 76-7, 227-8, 277-8, 281-4, 350, 371-2
 germánico, 22-3
 crecimiento, 332
 incentivos, 25
 comerciantes, 30, 350
 modernos, 344, 350
 normandos, 47
 privatización, 352-7, 363, 373
 castigo, 14, 15, 352-7, 363
 reciprocidad, 12-3, 14-6, 36, 77, 101, 350, 351
 agravios, 13, 14
 comercio, 30-6, 299
 vigilancia, 321
 Danegeld, 28
 Daneses, 28-9
 de Molinari, Gustave, 245, 296-7, 344
 de Planez, John, 57
 deuda-tala, 368
 Abogado defensor, 75 (véase también Abogados)
 Defensa, Departamento de EE.UU., 195
 Demanda
 burocrática, 146
 exceso (véase bajo Tribunales)
 grupos de interés, 88-96, 98, 99, 105-26, 132, 136, 179
 Demsetz, Harold, 14, 161
 Denenberg, R.V., 215, 224
 Denenberg, Tai Schneider, 215, 224
 Servicios de detectives, 2. Véase también Policía, privada
 de Veil, Sir Thomas, 64-5
 Di Lorenzo, Thomas J., 111
 Discreción
 burocrática, 132-3, 143-4, 160
 corrupción, oportunidad de, 159-61
 aplicación, 132-2
 judicial, 139-43, 144, 160
 policial, 144
 fiscal, 137-40, 144, 152, 160
 Discriminación, económica, 307-11
 Resolución de conflictos, 282. Véase también Arbitraje; Burocracia,
 ineficiencia; Tribunales, privados; Tribunales
 públicos; Mediación; Ostracismo
 Oeste americano, 312-5
 Anglosajones, 23-6
 recursos, 366-7
 coacción, 295-7
 derecho comercial, 32, 33, 296
 centros comunitarios, 216-7
 grupos comunitarios, 220
 tribunal, beneficios de, 273
 tribunales, comerciante, 34-5
 derecho consuetudinario, 36
 aplicación, 342-4
 intergrupo, 367
 Kapauku Papauas, 17-9, 21, 365
 Derecho mercantil, 60-2
 evolución jurídica, 13-4
 privado, con fines de lucro, 222-4, 278, 332, 344, 365-6, 367-70
 real, 60-2
 de dos niveles, 307-11
 verificación, 365
 guerra, 14 (véase también Guerra)
 Fiscal de distrito, 167
 Douglas, William O., 237
 Drago, H.S., 313
 Administración para el Control de Drogas, EE.UU., 162
 Dubow, Fredric, 205-6, 207-8
 Debido proceso, 54, 285
 EARN-IT, 368
 Patrulla de East Midwood, 209
 Fundación Eckerd, Jack y Ruth, 190-1
 Recursos económicos, ley y orden, 2
 Sanciones económicas. Véase también Sanciones de boicot; Multas;
 Ostracismo; Restitución
 Anglosajones, 21, 22, 24, 30
 Kapauku papúes, 18-9, 21
 reyes, 29, 30
 Teoría económica
 crimen, 161, 253-63, 310-1

gobierno, 1-2, 253-63
privatización, 253-63, 307-11
Eduardo el Confesor (rey de Inglaterra), 29, 46, 49
Eduardo el Viejo (rey de Inglaterra), 28
Eduardo I (rey de Inglaterra), 54-7, 58-9
Eduardo III (rey de Inglaterra), 56
Ehrlich, Isaac, 253-4, 255, 258
Eisenstein, James, 87, 113, 115, 137, 145
Isabel I (reina de Inglaterra), 71-2
Elliot, Mabel A., 312
Elliot, Nicholas, 255
EnDispute, Inc., 223-4, 246
Administración de Investigación y Desarrollo de la Energía, EE.UU., 181
Aplicación de la ley, 11-2, 271-90
coste, 60, 73, 115, 116
incentivos, 2, 12, 354
política, 115
privado, 2, 66, 271-90, 302-3
Oeste americano, 312
subcontratación, 195
privatización, 201, 342-4, 357-64, 373
reciprocidad, 12-3, 15, 22, 77, 207
especialización, 356
voluntario, 2, 11-41 (véase también Ostracismo; Restitución; Vigilancia)
público, 271-90
Oeste americano, 312
anglosajones, 23, 27, 46
burocratas, 93-4, 132-3
coacción, 295-7, 299
corrupción, 159-75, 315
derecho consuetudinario, 207, 351
discreción, 132-3
teoría económica, 1-2, 253-63
tendencias de crecimiento, 127-31, 170-3, 344
incentivos, 12
grupos de interés, 109-15
Kapauku Papuans, 18-9, 21
Comerciante de la ley, 2, 60
moderno, 5
aplicación excesiva, 93, 101
cumplimiento, 331
derechos de propiedad, 93-5, 115
reforma, 54, 121-22
papel del gobierno, 1-2, 36, 64, 274, 296
secreto, 145
selectivo, 286
especialización, 356
voluntaria, 11-41, 275 (véase también Burocracia, ineficacia; Problema de los comunes; Crimen
sin víctimas; Pruebas, normas de exclusión; Ostracismo; Policía, pública;
Restitución; Vigilantismo)
reconocimiento del deber legal, 66-7, 77, 321
asignación de recursos, 236-7, 351-2
Inglaterra, unificación, 28
Derecho ambiental, 115, 214, 215-6
Epstein, Richard, 272, 283, 285, 351
Sociedad de Cultura Ética, 114
Prueba, reglas de, 65-6, 67-9
reglas de exclusión, 119-22
Exchequer. Véase Tribunal del Tesoro
Reglas de exclusión. Véase Prueba.
Extermidad, 271, 272-90
tribunales, públicos, 273
problema del free-rider, 272, 275-6
elaboración de leyes, 284-6
derechos de propiedad, 273, 275
asignación de derechos, 284
Índice del FBI, 151, 255
Oficina Federal de Investigación, 149 Cuadro 6.4, 256 Cuadro 10.1
detección de la corrupción, 166, 172. Véase también
Operación Greyhound
Federación de los Pobres, 107
Delito, 50, 63, 138-9, 149
Feudalismo, 50, 54, 297
Fielding, Henry, 65, 74
Fielding, John, 65
Informe Figgie sobre el miedo al crimen, 3, 4, 151, 202, 203-4
Finkenauer, James, 190
Multas, 63, 352-6
Anglosajones, 46, 70
derecho consuetudinario, 352-7
violación de la paz del rey, 53
sistema medieval, 361
Sistema normando, 47, 48, 50
prisión, uso en, 71
privatización, 367, 368
trabajo fuera, 362
Servicios de bomberos, privados, 179, 186, 334-7
Armas de fuego, 249. Véase también Leyes de control de armas
disuasión, 239
crecimiento, 213
protección personal, 3, 202-3, 207, 209, 246, 343, 357
Fisk, Donald y otros, 192
Fitch, Lyle C., 187, 193, 194, 333
Fider, Philip, Jr., 183-4
Florestano, Patricia S., 195
Escuela de Florida para niños, 190
Servicio Forestal, EE.UU., 215
Confiscación, 53
Bosque Nacional Francis Marion, 215
Frankpledge. Ver en Normandos
Frantz, Joe B., 313
Problema del free-rider, 357-8
acuerdos contractuales, 357-8
corrupción, 164, 172
disuasión, 356
externalidad, 272, 275-6
grupos de interés, 89-90
Hombres libres, 27, 28, 29
Friedman, David
crimen, sin víctimas, 98
crecimiento del gobierno, 373
derechos del gobierno, 305-6
sistema medieval, 368
privatización, 247-8, 274, 277, 292-3, 307, 344-5, 350, 352, 372
restitución, 356
Comité de Amigos para la Legislación, 107
Fuller, Lon
arbitraje, 280
derecho autoritario, 76-7
derecho contractual, 32
derecho consuetudinario, 229-30, 295, 350
externalidad, 286
derecho, definición, 11-2
sistemas jurídicos, 298
mediación, 228
poder, 322
derechos de propiedad, 281
reciprocidad, 12-3
reconocimiento del derecho, 31, 321
restitución, 70
Encuesta Gallup, 3, 205
Recogida de basuras, privada, 179
Geis, Gilbert, 312-3
Oficina de Contabilidad General, EE.UU., 112
Asociación de Corredores Generales, 218
General Motors, 309
Jorge II (rey de Inglaterra), 74
Tribus germánicas, 22-3, 26
Glaser, Daniel, 109
Glaser, Ira, 301
Goldin, Kenneth D., 273-4
Gordon, Stephen B., 195
Gobierno, 43, 88, 372-4. Véase también Derecho autoritario; Teoría
económica del gobierno
evolución, 51-3, 321-2, 372-3
Green, Thomas, 70
Greenwood, Peter, 180
Guardsmark, Inc., 182
Leyes de control de armas, 240, 241, 249, 343. Véase también Armas de
fuego
Gusfield, Joseph, 106
Hall, Jerome, 106
Hallcrest Systems, 213
Hand, Leamed, 235-6
Hannan, Timothy, 239
Trabajo duro, 72-3
Harold (rey de Inglaterra), 30
Hayek, F.A., 284
derecho autoritario, 35
derecho consuetudinario, 12, 35
externalidad, 273
libertad individual, 350
poder, 321
contrato social, 374n5
Salud y Servicios Humanos, Departamento de EE.UU., 195
Enrique I (rey de Inglaterra), 48, 49-50
Enrique II (rey de Inglaterra), 51-3, 57, 71
Enrique III (rey de Inglaterra), 54, 55-6, 57, 58, 71
Herber, Bernard P., 1
Hill, P.J., 312, 315
Hirshleifer, Jack, 91
Hitler, Adolph, 292
Hoebel, E. Adamson, 20
Holden, William C., 313
Hollon, W. Eugene, 314
Holt, Lord, 225
Programa de garantía para propietarios de viviendas, 219
Corporación de Hospitales de América, 192

Vivienda, pública, 76
Programa Hulks, 72-3
IBI Servicios de Seguridad, 181
IBM, 309
Servicio de Inmigración y Naturalización, 182-3, 187, 304
Incentivos
burocráticos, 2, 127, 131-44, 147, 185, 276-7
cumplimiento de la ley, 62-3, 275, 295, 296
contratación externa, 192
corrupción, 159-70, 171-2, 297
crimen, 253, 255-9
derecho consuetudinario, 25
aplicación de la ley, 2, 12, 354
jueces, 141-3, 277
elaboración de leyes, 2, 12
policía, 137, 141-3, 145, 147, 276-7
trato a los presos, 369
oposición a la privatización, 341
productividad, 369-70
motivo de lucro, 185, 188
fiscales, 137, 141-3
evitación del castigo, 36, 168-70
calidad, 302
reconocimiento de la ley, 11
reselección, 337
restitución, 359
Acusación, 63
Derechos individuales
anglosajones, 21-2, 27
derecho autoritario, 45
derecho consuetudinario, 13, 36, 350
Kapauku Papuans, 16-7, 18, 21
privatización, 352
Revolución industrial, 31
Información, 89, 247-8
Inns of Court, 58
Instituto para la Autonomía Local, 184
Seguros, en la privatización, 260-1, 356, 359, 362, 367-8, 369
Grupos de interés, 88-101
Véase también Grupos de presión; véase también Demanda
Unión Americana de Libertades Civiles, 106, 107, 114
burocratas, 92-6, 108-12, 127-58, 332
problema de los bienes comunes, 97-101, 136-7
contratación externa, 194-5
corrupción, 173, 248
costes, 115-6
tribunales, 91, 99-101, 114-5
justicia penal, 105-8, 127
definición, 90-1
demandas, 89-96, 115-22, 132, 179
aplicación, 112-5
apoyo gubernamental a, 92-6, 144
ineficiencia, 115-22
judicial, 96-7, 112-4, 127. Véase también Neely
elaboración de leyes, 92-3, 98, 101, 106-8, 113, 282
abogados, 153
organización, 89-90
actuación, 146-7
policía, 98-9, 127, 147, 274, 276
política, 92-6, 106, 109-12, 119-22
oposición a la privatización, 338-40, 341
asignación de recursos, 196
suministro, 127-58
víctimas, 152
Asociación Internacional de Jefes de Policía, 153
Asociación Internacional de Bomberos, 334-7
Hermandad Internacional de Camioneros, 333
Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 229, 299
Servicios de investigación, privados, 359-61
Iwata, Edward, 304-5
Jenkins, John, 317-8
Juan (Rey de Inglaterra), 53-4
Jones, David, 119-20, 137-9, 256, 257
Juez, 113-4, 307. Véase también Anglosajones; Tribunales; Judicial; Kapauku
Papuans, tonowi; véase también
en Corupción
Inglés, 51, 56-7, 67, 278, 366
corrupción, 162-3, 165, 166, 167, 168, 169, 172
incentivos, 141-3
grupos de interés, 112-4
itinerante, 53, 57
rendimiento, 5, 70, 152, 306
privado, 279-81, 295, 306, 307-9, 366 (véase también Jueces, rent-a-judge)
juicio, 54, 58-9, 63, 67-8, 70-1, 80n.64, 366
Servicios Legales del Este de Missouri, 111
Justicia, Departamento de EE.UU.
corrupción, 172
información sobre la delincuencia, 3-4, 149 Tabla 64, 150 Figura 6.1, 151-2,
256 Tabla 10.1
grupos de interés, 109

tendencias del personal policial, 128-30 Cuadros 6.1-6.3, 211
centros de justicia de barrio, 217
calles privadas, 243
compensación a las víctimas, 153
Jueces de paz, 63-5, 69, 73
Fundación Kaiser, 220
Kaiser, Frederick, 146
Kakalik, James S., 249-50, 260-61
Kapauku Papuans, 15-21, 25
pena capital, 17-9, 356
resolución de disputas, 17-9, 21, 365
aplicación, 18-9, 21
castigo, 18, 19, 21
reciprocidad, 15-21
tonowi, 16-20, 25
Kates, Don, Jr., 240
Centro Espacial Kennedy, 181
Kennedy, W.F., 135
Kinfred. Ver en Anglosajones
Rey de Guillermo, James, 319
Reyes, 21. Véase también Cortes, reales; por nombres individuales
anglosajones, 24, 25, 26-30, 46-7
derecho autoritario, 29, 44
tribunales, 33
europeos, 275
dinastía hereditaria, 27, 30
elaboración de leyes, 282
Paz del rey, 29-30, 46, 50, 53
Parentesco
Anglosajones, 23, 25
Tribus germánicas, 22
Kapauku papúes, 15, 16, 17, 38n.40
Kirk, Claude, 181
Kleck, Gary, 241, 242
Comisión Knapp para investigar la presunta corrupción policial,
160-1, 162, 163, 165, 166, 167, 168
169-70
Krajick, Kevin, 193
Relaciones laborales, 76, 214, 220, 333. Véase también Sindicatos
Landes, William
arbitraje, 221, 228, 278, 279
derecho común, 283
problema del free-rider, 356
grupos de interés, 113
precedente, 228, 278-80
instituciones privadas, 277, 303, 307
estandarización, 299, 300
Langbein, John H., 65, 66
Derecho, 5, 11-3. Véase también Anglosajones; Aplicación de la ley;
Kapauku Papuans; Sistemas medievales;
Normandos
codificación, 21, 24, 47, 49-50, 60-1
evolución, 5, 13-4, 15, 321-2
Elaboración de leyes, 11-2, 115, 281-6. Véase también Derecho
consuetudinario, evolución
problema de los bienes comunes, 98, 116-7, 143-4
aplicación, 94
externalidad, 284-6
grupos de interés, 93-5, 101, 106-8, 113
Kapauku Papuans, 20
por comerciantes, 2
normandos, 55
provisión privada, 271-90, 312
provisión pública, 36, 271-90, 291-328, 331
Comerciante de la ley, 30-41
tribunales, 365
resolución de disputas, 60-2
evolución, 31-3, 58, 60-2, 221, 224-7, 278, 349, 364, 366
internacional, 61-2, 228-30, 278, 297, 349
medieval, 296
reconocimiento del deber, 60
Pleitos 333, 336
Abogados
Oeste americano, 316, 319
penal, 68-9, 79n.62
defensa, 75
evolución, 57-8, 79n.62
ineficiencia, 246
privatización, 342
interacción con las víctimas, 148
LEAA, 154
Corporación de Servicios Legales, 110-2
Ley de la Corporación de Servicios Legales de 1974, 110-1
Servicios Legales del Este de Missouri, 111
Sistemas legales, 297-300
Legisladores, 166
Leoni, Bruno, 282, 283, 284, 285, 344
Lesser, Selma, 106-7, 108
Leverson, Rosaline, 195

Lex mercatoria. Véase Ley mercantil
 Liber Quadrupartitus, 50
 Lipofsky, Joseph, 111
 Asociación Algodonera de Liverpool, 218, 225
 Calibdeo, 89, 91
 derecho penal, 106-8
 justicia penal, 106, 107, 114, 152-4
 aplicación, 109-12, 134
 grupos de interés, 91, 106, 107, 114, 248, 292
 privatización, 333, 335-6, 341
 Logrolling, 93
 London Times, 218, 330
 Tribunal Superior del Condado de Los Ángeles, 223
 Departamento del Sheriff de Los Ángeles, 135
 Lott, John R., Jr., 311
 Lyon, Bruce, 22, 24, 49, 52, 58
 Mabry, Rodney H., y otros, 99, 100, 273, 288-9n.30, 307
 MacQueen, William, 302
 Madison, James, 284-5
 Carta Magna, 53-4, 56. Véase también Constituciones
 "Los siete magníficos", 294
 Oficina Correccional de Maine, 338
 Prisión estatal de Maine, 337-8
 Maitland, Frederick W., 21, 29, 30, 47, 52, 62
 Mala praxis, 100, 220
 Derecho señorial, 297
 Mansfield, Lord, 225
 Ley del impuesto sobre la marihuana, 109
 Mercado
 negro (véase Mercado, ilegal)
 fracaso, 271-90, 331
 libre, 245-6, 248, 281, 302, 308
 ilegal, 160-2, 171, 351
 sistema, 271-90, 294, 371
 Servicio de Alguaciles, EE.UU., 183
 Grupo de inversión Massey Burch, 192
 McCarthy, Joseph, 292
 McDonald, William F., 147
 McGrath, Roger, 207, 312, 314, 315
 McLucas, Robert, 246
 Mediación, 1, 5, 213-6, 223
 comercio, 214, 229
 contratos, 214, 228, 364
 cuestiones medioambientales, 215 (véase también Derecho medioambiental)
 crecimiento, 184, 217
 en derecho, 2, 14, 283
 rendimiento, 308
 en Estados Unidos, 298
 Servicio de Mediación y Conciliación, Federal, 220
 Sistemas medievales, 274, 275, 307, 350, 356, 365, 368
 Meiners, Roger E., 154
 Menger, Carl, 15
 Derecho mercantil, 31, 229. Véase también Derecho mercantil; Derecho mercantil
 Tribunales mercantiles. Véase Tribunales mercantiles
 Comerciantes. Véase también Derecho mercantil; Comercio
 poder creciente, 54-5
 Carta Magna, 54
 medieval, 274
 policía, 181
 profesional, 30-1, 60
 Policía mercante de la Mesa, 181
 Servicios de apoyo al metro, 186-7
 Asociación Política México-Americana, 107
 Milakovich, Michael, 136
 Mondy, R.W., 312
 Monopolio, 60, 271-2, 291-328
 Mothers Against Drunk Driving, 152
 Motor Trend, 135
 Multi-State, Inc., 181, 189
 Murphy, Walter, 114
 NAAACP, 107
 Fondo de Educación y Defensa Legal, 114
 Nader, Laura, 309
 Napoleón, 74, 292
 Comisión Consultiva Nacional sobre Normas y Objetivos de la Justicia Penal, 119, 257
 Asociación Nacional de Planificadores de la Justicia Penal, 189, 301
 Asociación Nacional de Constructores de Viviendas, 219
 Consejo Nacional sobre el Crimen y la Delincuencia, 114
 Instituto Nacional de Aplicación de la Ley y Justicia Penal, 134, 243, 305
 Organización Nacional de Asistencia a las Víctimas, 153
 Federación Nacional de Vida Silvestre, 215
 Neely, Richard
 derecho común, 105-6
 costes tribunal, 100-1
 crimen, 310
 tribunales, demanda de, 133, 140-1
 ineficiencia de, 132, 338
 reforma, 117, 118, 119
 multas, 355
 grupos de interés, 107, 109
 jueces, 96-7, 132, 142-3, 306
 justicia, perfecta, 311
 procedimiento policial, 120-1
 disputas políticas, 282
 precedente, 285
 Vigilancia vecinal, 3, 132, 243, 248-9, 276, 309-10, 351
 Colegio de Abogados de Nueva York, 221
 Departamento de Derecho de la Ciudad de Nueva York, 169
 Oficina de Administración de la Ciudad de Nueva York, 244-5
 Policía de Nueva York, 168. Véase también Comisión Knapp
 Bolsa de Nueva York, 219
 Bolsa de Nueva York, Silver v., 343
 Newman, Oscar, 209-10
 Medios de comunicación, 164-5
 Nimmer, Raymond, 115
 Niskanen, William, 93, 95-7
 Nobleza, 28
 Normandos, 46, 48-51
 tribunales, 50, 51, 53
 evolución del derecho, 29, 47-51, 52-3, 55, 366
 franqueo, 49, 51-2, 53
 castigo, 47-8, 50-1, 53
 reciprocidad, 48, 52
 diezmos, 49, 57
 Consejo de Iglesias del Norte de California, 107
 Asociación de Jefes de Policía de Ohio, 185
 Old Bailey, 65, 67-8, 69
 Oliver, Richard, 337
 Operación Greyford, 163, 166, 167, 172
 Operación ID, 205, 207, 243, 249
 Ordeal, juicio por, 58
 Crimen organizado, 161, 163. Véase también Corrupción
 Organización, 89-90, 91, 98, 115-6
 Ostracismo, 296
 Anglosajones, 23, 25-6
 arbitraje, 360, 361
 derecho común, 36
 corrupción, 166
 derecho consuetudinario, 15, 363
 resolución de conflictos, privada, 308, 342, 363, 367-8, 370
 problema de los "free-rider", 358
 Kapaku Papuans, 19, 21
 Carta Magna, 54
 tribunales mercantiles, 33
 Normandos, 50, 53
 Proscritos. Véase también Vigilancia anglosajones, 24-5
 derecho consuetudinario, 15
 Kapaku papir, 18
 Carta Magna, 54
 Normandos, 50-1
 privatización, 363-4
 castigo, 18, 29, 295, 296, 307-8
 Sobrecriminalización
 corrupción, 159-60, 168
 delitos sin víctimas, 98, 135-6, 143-4, 173
 "Incidente de la caja de bueyes", 294
 Palmer, Jan, 255
 Servicios de detención privados de Palo Duro, 183
 Paramount Lasky Corporation contra Estados Unidos, 343
 Indulto, 71-2
 Padres de niños asesinados, 152
 Parlamento, 54-6, 72, 74
 Patrullas, vigilancia. Ver en Seguridad, medidas
 Peel, Robert, 74
 Revisión por pares, 165
 Peltason, Jack, 112-3
 Peltzman, Sam, 91, 92
 Ley Penitenciaria de 1779, 73
 Ferrocarril de Pensilvania, 238
 Rendimiento
 burocrático, 146-7
 problema de los bienes comunes, 146
 medidas de, 131-2
 calidad, 131-2, 301-3, 304-7
 policía, 134-6
 Person, Carl, 236, 366
 Sociedad de Abogados de Filadelfia, 218
 Libertad física, 16, 18
 Agencia Pinkerton, 293
 Platt, Anthony, 106
 Negociación de los cargos, 4, 5, 152
 burocrático, 133, 137-40, 141, 236
 corrupción, 160
 evolución, 69-71

testigo pobre, 143, 148
 privatización, 335
 tendencias del castigo, 257, 268n.16
 secreto, 145
 Plummer, Henry, 320
 Podolefsky, Aaron, 205-6, 207-8
 Policía, 168, 274-7, 279. Véase también Comisión Knapp; véase también
 Corrupción
 abuso de poder, 291-3, 296-7, 301, 303
 coste, 186, 261-2
 discreción, 144
 industria en crecimiento, 2-3, 201, 211-3, 274, 293, 341, 372
 privado, 1, 211-3, 276-7
 anglosajones, 23
 barreras, 343
 beneficios, 5, 249-51, 342
 contratación externa, 5, 179, 180-2, 184, 185-6, 187, 334
 evolución, 73-4
 monopolizado, 291-4
 rendimiento, 3, 238, 304-5, 309-11
 ferrocarril, 238
 privatización, 333-5
 público, 2-3, 291-328
 Oeste americano, 315
 beneficios, 342
 problema de los bienes comunes, 98-9
 evolución, 63-5, 74-5
 incentivos, 141-3
 grupos de interés, 101
 rendimiento, 3, 5, 132, 134-7, 144, 148-9, 209, 240, 260, 276-7
 procedimientos, 119-2
 sindicalización, 332-3
 ferrocarril, 238
 asignación de recursos, 2, 135-7, 147, 245-6, 276-7
 Fundación de la Policía, 134-5
 Asociaciones de beneficencia de la policía, 333
 Política
 derecho autoritario, 87-104, 105-27
 contribuciones de campaña, 194-5, 333
 corrupción, 5, 159-75
 resolución de conflictos, 282
 aplicación, 115
 de los grupos de interés, 92-6, 106, 109-12, 119-22
 selección de jueces, 113-4
 delitos, 75
 Pollock, Sir Frederick, 21, 29, 30, 47, 52, 62
 Poole, Robert W., Jr.
 ineficiencia burocrática, 338
 contratación externa, 181-2, 184, 188
 corrupción, 194
 privatización, 192
 restitución, 352-3, 369
 especialización, 192, 237
 Pobres, 71, 307-11
 Popsil, Leopold, 15-21, 365
 Posner, Richard
 arbitraje, 221, 228, 278, 279
 derecho común, 285
 teoría económica, 92
 problema del free-rider, 356
 grupos de interés, 89, 91, 113
 precedente, 228, 278-80
 instituciones privadas, 277, 303, 307
 estandarización, 299, 300
 Servicio postal, EE.UU., 371
 Prassel, Frank, 314
 Precedente, 17, 142, 273, 278-81, 364
 arbitraje, 360
 acuerdos contractuales, 365-6
 Kapauku Papuanos, 18, 365
 sociedades primitivas, 277
 derechos de propiedad, 277
 Predicasts, Inc., 204, 204 Tabla 9.1, 205 Tabla 9.2
 Sociedades primitivas, 14, 275. Véase también anglosajones; papúes
 kapauku; sistemas medievales
 características, 5, 284
 derecho consuetudinario, 295, 350
 aplicación, 274, 296
 evolución, 284
 precedente, 277
 juez particular, 307
 derechos de propiedad, 281
 estructuras, 19
 juicios, 365
 Prisiones
 abuso de drogas, 370
 privados: ACLU, 189, 191, 301, 302, 304
 contratación externa, 179, 180, 182-4, 187, 192, 193-4, 195, 334
 evolución, 71-3, 304
 rendimiento, 5, 190, 301, 369
 privatización, 345, 367, 368-70 (véase también RCA; Wackenhut Services, Inc.; Weaversville)
 público: abuso, 362
 problema de los bienes comunes, 143-4
 rendimiento, 5, 187, 353, 369-70, 377n.63
 racionamiento, 143-4, 149
 reforma, 73
 violencia, 370
 Prisiones, Oficina Federal de, 182-3, 187
 Pritchett, C. Herman, 114
 Investigadores privados, 236-7
 Instituciones del sector privado, 2, 179-99
 Calles privadas, 209-11, 243-4
 Privatización. Véase también Arbitraje; Burocracia; Ineficiencia;
 Tribunales, privados; Delito, detección;
 Crimen, prevención; Resolución de conflictos, centros
 comunitarios; Mediación; Protección; Seguridad;
 Policía, privada; Vigilancia
 beneficios de, 235-331
 seguridad corporativa, 203-5
 tribunales, 355, 364-7
 definición, 192
 teoría económica, 253-63, 307-11
 aplicación, 201, 342-4, 357-64
 evolución del derecho, 352-7, 363, 373, 371-4
 aplicación futura, 344-5, 349-78
 crecimiento de la industria, 293, 341-4
 grupos de interés, 341
 judicial, 279
 ley, 333, 336, 350-2
 grupos de presión, 335-6, 341
 nivel de, 351-2
 oposición, 300-11, 331-47
 rendimiento, 291
 calles privadas, 209-11, 343-4
 proceso, 331-2
 castigo, 352-64
 asignación de recursos, 235-7, 331-2
 especialización, 237-44 (véase también Especialización)
 estandarización, 363 (véase también Estandarización)
 tendencias, actuales, 201-34
 Beneficio, judicial. Ver Multas; Confiscación
 El beneficio, 185, 244-5
 Derecho de la propiedad, 285-6, 351
 Propiedad
 privada, 284
 pública, 76
 Derechos de propiedad. Véase también Asignación de
 derechos Oeste americano, 315
 anglosajones, 21-2, 27
 derecho autoritario, 44, 45, 281
 corrupción, 160-1, 171, 194
 derecho consuetudinario, 13, 350, 351
 aplicación, 115
 exclusivo, 295
 externalidad, 273, 275
 grupos de interés, 88-9, 93-5, 146
 Kapauku Papuanos, 16-7, 21
 elaboración de leyes, 282-4, 373
 medieval, 39n.54
 precedente, 277
 reciprocidad, 13
 Grupo de Trabajo de la Propuesta 9, 111
 Procesamiento
 juez de paz, 65, 75
 actuación, 5
 policía, 83n.147
 privado, 68, 76, 83n.149, 148
 público, 63, 64-5, 75-6
 por la víctima, 36, 63, 64, 69-70, 75, 148
 Ley de enjuiciamiento de delitos de 1879, 83n.145
 Fiscal
 corrupción, 162
 discreción, 137-40, 144, 152, 160
 incentivos, 141-3
 desempeño, 138-9, 148, 152
 Dinero para la protección, 291, 292
 Protección, privada, 5, 201-5, 241-2. Véase también Burocracia,
 ineficiencia; Armas de fuego; Seguridad
 derecho consuetudinario, 36
 tendencias de crecimiento, 3, 294, 331-2
 organizaciones, 23, 357-64, 368
 rendimiento, 292-3
 voluntario, 205-211
 Pruitt, Gary, 251
 Servicios de defensa pública, privados, 184
 Bien público, 142, 164, 190
 Bienes públicos, 272-4
 Interés público, 91, 106, 146, 165 (véase también Grupos de
 interés)

Ministerio Público, 75
 Declive del sector público, 331, 332-41
 Castigo. Véase también Aplicación; Pena capital; Penas corporales;
 Ejecución; Multas;
 Decurso; Ostracismo; Prisión; Restitución; véase también Corrupción;
 Normales
 derecho penal, 70-1
 teoría económica, 255-9, 354
 sistema jurídico privatizado, 352-64, 368
 tendencias, 256-9
 trabajo de la multa, 353-4, 368
 Quinney, Richard, 105
 RCA, 182, 187, 190, 191, 192, 345
 Rabinowitz, Sandy, 189
 Policía ferroviaria, 238
 Racionamiento, sin precio, 131-44, 196
 espera judicial, 118-9, 139, 140-1, 235-6
 negociación de los cargos, 236
 servicios policiales, 136-7, 276
 prisiones, 143-4, 149
 Reagan, Ronald, 111-2, 341
 Reciprocidad, 12-3, 67. Ver también en Anglosajones; Derecho
 mercantil; Derecho consuetudinario; Ejecución;
 Kapauku Papanas
 derecho autoritario, 45
 anglosajones, 22-3, 24-5, 26-7, 47, 205, 276
 beneficios, 32-3
 rupturas, 321
 derecho comercial, 31, 33
 prevención del delito, 211
 derecho consuetudinario, 77, 350, 351
 intercomunitario, 360, 362-3, 364, 365
 Kapauku papáes, 17, 18
 normandos, 48, 52
 privatización, 368
 protección, 18, 276
 de los derechos, 33
 apoyo, 17, 44
 Reconocimiento del deber jurídico, 36
 derecho consuetudinario, 350, 351
 aplicación, 66-7, 77, 321
 incentivo, 11
 Kapauku Papanas, 17
 Comerciante de la ley, 60
 Reforma, 54, 101, 117, 121-2, 133
 Regulación, económica, 60
 Rehabilitación, privatización, 369, 377n.67
 Rehnquist, William, 308-9
 Renacimiento, 36
 Alquiler de jueces. Véase bajo Juez
 Resolution, Inc., 223
 Asignación de recursos, 127-58. Véase también bajo Policía
 burocrática, 132-3, 136-7, 140-3, 225-7
 corrupción, 161, 172-3
 tribunales, 137-9, 140-3, 280
 justicia penal, 116-7, 141
 eficiencia, 131-44, 236-7, 245-6
 aplicación, 236-7, 351-2
 información, 247-8
 grupo de interés, 196
 privatización, 235-7, 331-2
 Restitución
 anglosajones, 22, 24, 25-6, 30, 47
 derecho comercial, 36
 consecuencias, 70-1
 derecho penal, 59, 62-76
 tribunal, privado, beneficio de, 273
 derecho consuetudinario, 15, 352-5
 evolución, 67, 75
 incentivos, 144, 359
 Kapauku papáes, 21
 medieval, 275
 por el forajido, 364
 policía, pública, 359
 programas, 368, 369-70, 377n.67 (véase también Víctimas, programas
 de asistencia)
 derecho de, 276, 307
 transferibilidad, 307, 356
 Rex v. Atwood & Robbins, 66
 Rhodes, Robert, 87
 Ricardo (rey de Inglaterra), 57
 Richardson, William, 319
 Cesión de derechos. Véase también Derechos de propiedad
 corrupción, 139, 162-3, 171
 externalidad, 284
 papel del gobierno, 281
 grupos de interés, 91-4, 113
 privatización, 276, 344
 Roby, Pamela, 108
 Romanos, 292
 Comité Roper, Stephanie, 152
 Rothbard, Murray N.
 recursos, 366-7
 coerción, 294
 gobierno limitado, 372
 monopolio, 299
 privatización, 344, 350
 derechos de propiedad, 281
 protección, 358
 Derecho real, 51-9, 60-2, 281-2, 297. Ver también en Derecho
 Mercantil
 Rubin, Paul, 161
 Cuerpo de bomberos rural/metro, 182, 186, 188
 Safer, Morley, 190
 Samuelson, Paul A., 273
 San Francisco Alta, 317
 San Francisco Bulletin, 319
 San Francisco Herald, 319
 Sanción, 295. Véase también Sanción de boicot; Sanción
 económica; Ostracismo
 Centro de detención de Santa Fe, 183
 Savas, E.S., 192, 340
 Schelling, Thomas, 161
 Scotland Yard, 65
 Secreto
 burocrático, 144-6, 160
 tribunales, 145, 157n.53, 365
 policía privada, 184
 Regulación de los valores, 76
 Seguridad. Véase también Policía, privada; Policía, pública
 empresas, privadas, 260, 357, 359
 corporativo, 185, 203-5, 260
 industria en crecimiento, 204, 204 Tabla 9.1, 205, 205 Tabla 9.2,
 331-2
 medidas, 202-5
 privatización, 238-44, 260, 351
 patrullas de vigilancia, 213, 243, 248-9, 272, 275-6, 309-10, 351
 (véase también Armas de fuego; Seguros;
 Vigilancia vecinal; Organizaciones de seguridad)
 sistemas, 5, 238-44, 260
 alarmas antirobo, 3, 98-9, 202, 203, 213, 241, 242-3, 246, 250,
 275, 357
 Sedgwick, Jeffrey, 253
 Seidman, Robert, 105, 106
 Autoinculpación, 68
 Interés propio, 373
 Autorregulación. Véase Comerciante de la ley
 Sentencia, 143, 149-50, 152, 150 Fig. 6.1
 participación de la víctima, 151, 152
 Incidente de Serpico, 170
 Sindicato Internacional de Trabajadores de Servicios, 333
 7-Eleven, 243
 "Shane", 294
 Shedd, Jeffrey, 337, 339
 Alguacil
 Oeste americano, 315, 316, 317, 318
 papel en los juicios con jurado, 58
 participación en juicios, 246
 Normandos, 49, 53
 orígenes del cargo, 46
 prisiones, 71
 protección, 73
 real, 28, 30, 78n.9, 78n.22
 Sherman, Lawrence W., 134, 201-2, 243, 263
 Sikes, Melvin, 115
 Silver, Carol, 240
 Silver contra la Bolsa de Nueva York, 343
 "Sesenta minutos", 186-7, 188, 189, 190, 191
 Esclavitud, 25
 Smith, Adam, 15
 Smith, Bruce, 115, 146-7, 173
 Smith, George, 303, 308, 350, 365
 Sneed, J., 350, 360
 prisiones, privadas, 369, 370
 privatización, 357, 361
 programas de restitución, 377n.67
 estandarización del derecho, 363
 Snelling, Travis, 186-7
 Contrato social, 13, 322, 374n.5
 Orden social, 312-5, 317
 Ley de seguridad social, 76
 Liga de la Sociedad contra la Molestación, 153
 Sourcebook of Criminal Justice Statistics (Departamento de
 Justicia), 150 Fig. 6.1, 128-30 Tablas 6.1-6.3
 Consejo de Iglesias del Sur de California, 107
 Southland Corp., 243
 Centros de detención del suroeste, 183
 Interés especial. Ver Grupos de interés
 Especialización, justicia penal privada, 237-44, 251, 260

tribunales, 237-8
 prevención del delito, 238-44
 economías de escala, 274
 aplicación de la ley, 356
 jueces, 366
 protección, 238-44, 246, 351
 privatización, 192
 tipos, 297
 Asociación de Comercio de Especies, 219
 Normalización, 252, 363
 economías, 297, 299-300, 360, 366
 Estatuto de la grapa de 1353, 60-1
 Stephen, Sir James F., 21, 23
 Stewart, George, 318, 320
 Stigler, George J.
 problema del free-rider, 276
 grupos de interés, 88, 89, 90, 92, 173
 privatización, 344, 350
 Escuelas del condado de Suffolk (Nueva York), 181
 Departamento del sheriff del condado de Summit (Ohio), 185
 Suministro, regulación gubernamental, 88, 92-6, 101, 127-58
 Tribunal Supremo, 291, 299, 367, 372
 Tribunal Supremo, EE.UU., 4, 298, 343, 367
 pruebas, 119, 121
 grupos de interés, 113, 114
 Organizaciones de garantía, 279, 361, 367-8
 Anglosajones, 23-4, 26
 economías de escala, 274, 275
 Patrullas de vigilancia. Ver en Seguridad, medidas
 Swartz, Clarence L., 367
 Asociación Suiza de Ciudades y Municipios, 251
 Aeropuerto de Tampa, 181
 Recaudación de impuestos, 44, 51, 55-6, 263
 para los servicios públicos, 244, 292, 311, 358
 Asociación de los camioneros, 333
 Asociación de Sheriffs de Texas, 195
 Industria textil, 219
 robobote, 62
 Amenaza, externa, 373
 Diezmo. Véase bajo anglosajones
 Tollison, Robert, 113
 Tonowi. Véase bajo Kapatuka Papuans
 Agravios, 21, 24, 66, 276, 285-6, 351. Véase también Derecho consuetudinario
 Comercio, 30-6, 32, 214, 225
 Derecho internacional mercantil, 2, 30-1, 60-1, 62, 224-5, 228-30, 299-300
 Trakman, Leon E., 33, 226, 227
 Teoría de la transferencia de riqueza, 43-6, 71, 77, 78n2, 101
 grupos de interés, 88-9, 92, 115
 derechos de propiedad, 146, 373
 Transporte (convictos ingleses a las colonias), 71-2, 318
 Ley de Transporte de 1718, 72
 Seguros Travelers, 246
 Departamento del Tesoro, EE.UU., 109
 Juicio, 58, 365. Véase también Jurado, juicio
 Tributo, 28, 312
 Tuath, 361
 Tucker, Benjamin R., 350, 351
 Tullock, Gordon, 101, 115, 258, 271
 Corporación Correccional de los Estados Unidos, 183
 Umbeck, John R., 295, 343
 Código Comercial Uniforme, 227
 Informes Uniformes de Crimen (FBI), 149 Tabla 6.4, 256 Tabla 10.1
 Sindicatos, 298
 contratación externa, 186, 332-7 (véase también bajo Grupos de interés; Policía, privada; Poole; Prisiones privado)
 ineficiencia en el sector público, 91, 190, 244-5
 policía, 137, 332-4
 crecimiento del sector público, 91, 332-7
 la lucha contra los sindicatos, 333, 335, 341
 Valentine, Alan, 315-6, 318
 Crímenes sin víctimas. Véase Delitos sin víctimas
 Víctimas, 2, 151, 352-3. Véase también Crimen; Grupos de interés; Procesamiento
 programas de asistencia, 152, 153, 353
 Vigilancia, 274, 318, 320
 Oeste americano, 274, 294, 312-23
 fracaso de la ley gubernamental, 315-22
 moderno, 207, 209
 San Francisco, 316-20, 321
 Vikingos. Ver daneses
 Violencia, 64, 294, 295-6, 312-23. Véase también Vigilancia evasión, 25, 36, 360-1, 362-3
 Ley Volstead, 106
 Voluntario
 asociaciones, 274, 279, 357
 cumplimiento, 275, 283
 resolución de conflictos, 216-7 (Véase también Arbitraje; Mediación; Tribunales, privados; Juez, privado)
 Wackenhut Services, Inc., 180-1, 182, 192, 293, 335-6, 344-5
 Guerra, 14, 17, 26, 27-30, 44, 47-8, 56
 subproductos, 29, 63-4
 extranjero, 373
 Washington Arbitration Services, Inc., 223
 Weaversville, 187, 190, 191
 Weis, Kurt, 136
 Wergeld, 22, 25
 Agencia de Protección de la Comunidad de West Park, 209
 Western Behavioral Science Institute, 243
 Western Center on Law and Poverty, Inc., 111
 WhistleSTOP, 208
 Wildhorn, Sorrel, 249-50, 260-61
 Guillermo (rey de Inglaterra), 47, 49
 William J. Burns Agencia Internacional de Detectives, 236
 Wilson, James Q., 90-1, 95-6, 115, 137, 150
 Wisconsin Electric Power Co., 224
 Witzman, Lou, 188
 Wolfberg, D.A., 186
 Organización Woodlawn, 208
 Woodbridge, William C., 33, 74, 228, 238, 247, 344
 Trabajo, 369
 Guerra Mundial, 218
 Escritura, 49, 51, 52, 56, 58
 Wymn, John M., Jr., 334
 Zoely, George, 345