

¿Es la justicia un bien público?*

Jorge Correa, Carlos Peña y Juan Enrique Vargas

RESUMEN

En este trabajo se examina el papel que cabe al Estado y al sector privado en la provisión y la producción de la justicia civil y comercial. Con el uso de un enfoque económico complementa, y a veces discute, las visiones jurídico-dogmáticas sobre estos temas. El estudio sugiere que la justicia es uno de aquellos bienes que puede ser producido y financiado por los particulares y no sólo por el Estado. La razón de ello es que la justicia es un bien predominantemente privado (son los litigantes quienes hacen suyo el beneficio que reporta el litigio) y sólo en algunos aspectos presenta carácter público (es decir, sólo parcialmente el litigio produce beneficios indiscriminados al conjunto de la colectividad).

Desde el punto de vista económico, resulta más eficiente que los bienes privados (como la justicia) en principio sean producidos en forma competitiva y pagados por los particulares. De esa manera la demanda por el bien tiende a mantenerse en niveles óptimos. En cambio, allí donde la justicia presenta un carácter predominantemente público (por ejemplo, en el ámbito de la justicia constitucional) el Estado debe encargarse de su provisión.

* Este artículo es el resumen de un proyecto de investigación financiado por el Fondo para el Estudio de las Políticas Públicas del Departamento de Ingeniería Industrial, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile.

JORGE CORREA es profesor e investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Av. República 105, Santiago.

Fax: (56-2) 671 0993 Correo electrónico: jorge.correa@jur.udp.cl

CARLOS PEÑA es Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Av. República 105, Santiago.

Fax: (56-2) 676 2602 Correo electrónico: carlos.pena@jur.udp.cl

JUAN ENRIQUE VARGAS es Director del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Av. República 105, Santiago.

Fax: (56-2) 676 2602 Correo electrónico: juan.vargas@jur.udp.cl

■ **Jorge Correa** es licenciado en derecho por la Universidad Católica de Chile y master en derecho por la Universidad de Yale. Entre 1983 y 1990 fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Se encargó de representar al gobierno del Presidente Aylwin en el Congreso Nacional para las reformas judiciales. Es miembro del Consejo de la Comisión Andina de Juristas, del Instituto de Estudios Judiciales y de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Sus publicaciones versan principalmente acerca del Poder Judicial chileno.

Carlos Peña es licenciado en derecho y abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. En la actualidad cursa el doctorado en filosofía. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y de Derecho y Filosofía del Derecho en la Universidad Diego Portales. Desde 1994 es asesor en materia de políticas judiciales del Ministerio de Justicia. Ha publicado diversos libros y artículos de derecho y práctica constitucional, teoría legal, filosofía moral y prácticas judiciales.

Juan Enrique Vargas es abogado y magister en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile. Profesor y Director del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Ex director del Centro de Desarrollo Jurídico de CPU. Participó en el Programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano (1986-1989) y en la Comisión de Verdad y Reconciliación (1990). Desde 1993 ha sido consultor del Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Mundial y GTZ en proyectos de reformas judiciales en diversos países de América Latina. Entre 1990 y 1998 fue asesor de los Ministros de Justicia de Chile. Es autor de numerosas publicaciones sobre derecho y sistema judicial.

INTRODUCCIÓN

Los sistemas de administración de justicia, en especial en las áreas civiles y comerciales, hoy en día reciben una atención que históricamente les era desconocida. Muchas razones permiten explicar este fenómeno: el desplazamiento de funciones que, desde la crisis de los años '80, experimenta el Estado; una revalorización del sistema democrático y, por ende, de las formas de solucionar los problemas acordes con los principios que le subyacen; la incorporación de nuevos actores sociales y, en fin, el surgimiento de conflictos hasta hace poco inéditos, producto del funcionamiento de una economía de mercado y de una sociedad más compleja y plural.

Fruto de este proceso se han generado diversas iniciativas tendientes a modernizar los sistemas de justicia civil y comercial. Las más notorias son las reformas procesales, a la gestión judicial y a la carrera de sus funcionarios. Los objetivos de tales intervenciones han perseguido aumentar la eficiencia de los sistemas judiciales, e incrementar su calidad y cobertura, ya que no es posible el funcionamiento de un sistema de mercado ni la consolidación de la democracia si tales sistemas son débiles o funcionan mal. Pese a su notoriedad y al monto de los recursos involucrados los resultados han sido magros. Si bien los aumentos de cobertura, las mejoras en gestión y las reformas de los procedimientos han permitido incrementar la productividad de los sistemas judiciales, no han conseguido acortar en forma significativa y permanente la brecha entre oferta de justicia y demanda por la misma¹. Los cambios en el estatuto de los sistemas judiciales y en la integración y carrera de sus integrantes tampoco se han traducido en una mejora en la calidad de las resoluciones judiciales ni en un mayor grado de información confiable acerca de sus decisiones futuras².

1 En Chile, las causas civiles pendientes al cabo de cada año aumentaron de 230 mil en 1980, a 670 mil en 1995. En el mismo período el gasto ejecutado por el Poder Judicial subió en un 125% en moneda de igual valor adquisitivo, y se realizó una serie de reformas administrativas y legales.

2 Ver al respecto *Justicia y Desarrollo en América Latina y El Caribe*, varios autores, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 1993; *Situación y Políticas Judiciales en América Latina*, Jorge Correa (Ed.), Universidad Diego Portales, Santiago, 1993; *El Banco Mundial y la Reforma Judicial en Venezuela*, Estudio de Caso, Provea, Caracas, 1996; *Diez Pecados de la Reforma Judicial en América Latina*, Néstor Humberto Martínez, Corporación Excelencia en la Justicia, Santafé de Bogotá, 1997; *La Economía Política de la Reforma Judicial*, Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (Eds.), Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 1997; *Reforma Judicial en América Latina: Una tarea inconclusa*, varios autores, Corporación Excelencia en la Justicia, Santafé de Bogotá, 1999; *Poder Judicial, Políticas Judiciales y Corrupción*, Juan Enrique Vargas, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 2000.

Una de las principales limitaciones de esas iniciativas de cambio radica en que reposan sobre un conjunto de planteamientos más cercano a la dogmática jurídica que a un enfoque de política pública, que concilie los principios básicos del estado de derecho con la eficiencia que reclama el subsistema económico y el conjunto del gasto asociado a las tareas estatales.

Es fácil poner de manifiesto lo anterior al examinar el carácter que ha solido asignarse a la justicia desde el punto de vista económico.

Tradicionalmente la justicia, sin excepciones, ha sido concebida como un bien público; es decir, como un bien que una vez producido beneficia a un amplio conjunto de consumidores, haya o no pagado por él. Según este punto de vista, la justicia constituiría un bien donde la incorporación de un consumidor adicional carece de costo. Así concebida, resulta natural concluir que los mecanismos de mercado no resultarían idóneos para su provisión. Si, como pretende este punto de vista, la justicia constituyera un bien público, las personas carecerían de incentivos para manifestar su real disposición a pagar por ella: los individuos esperarían que sean otros los que paguen para alcanzar, de esa manera, un beneficio sin soportar ninguno de los costos asociados (tal conducta es la que suele denominarse del *free rider* o polizón). Si la justicia fuera un bien público, su producción asociada a un sistema de mercado sería socialmente ineficiente: habría menos justicia de la socialmente necesaria.

Esa visión de la justicia como un bien público permite entender de una manera coherente el modelo predominante asociado a la administración de justicia: un servicio público destinado a proveer este servicio, a cargo de funcionarios remunerados por el Estado, financiado con cargo a rentas generales y sin barreras aparentes de acceso como lo sería, por ejemplo, un sistema de precios.

El presente trabajo cuestiona que toda la justicia posea carácter de bien público, lo circunscribe tan sólo a una parte de ella y lo niega en el caso de la justicia civil y comercial.

1. La justicia civil y comercial constituye un bien privado

Un examen de la justicia civil y comercial –de la composición del litigio y de su comportamiento– pone de manifiesto que en esas áreas la justicia no constituye un bien público. No es verdad, desde luego, que la incorporación de un nuevo litigante carezca de costos, que no exista rivalidad por acceder al aparato de justicia o que no sea posible excluir a un nuevo consumidor. Ninguno de esos rasgos –propios de un bien público– los presenta la justicia civil y comercial. Ese tipo de justicia constituye un bien privado, cuyos beneficios –aunque no todos sus costos– los internalizan predominantemente los litigantes. Al proveerse ese tipo de justicia como si fuera un bien público se produce un resultado socialmente ineficiente: como los litigantes no

pagan todos los costos asociados a ese bien, se acrecienta su tasa de bienestar asociada al litigio. Los sujetos tenderán, entonces, a litigar más, incluso más allá de lo que resultaría eficiente desde el punto de vista del bienestar social. Aunque los costos asociados al litigio sean superiores al beneficio que con él se obtiene, de todas suertes los sujetos tenderán a demandar. Dicho en términos técnicos, existe una divergencia entre los costos sociales y privados del litigio.

Con todo, la justicia –o si se quiere, cada acción judicial– genera importantes externalidades o efectos positivos sobre el conjunto de la sociedad, que no son internalizadas por cada demandante. Un sistema de justicia y la información contenida en la práctica judicial disminuye los costos de transacción y disuade de cometer ilícitos por la vía de asignarles costos claros y probables³. Un sistema de justicia que funciona produce beneficios indiscriminados que se extienden más allá de los litigantes. Esta es la dimensión pública de la justicia.

En presencia de esos beneficios, el óptimo privado en la provisión del bien justicia se diferencia del óptimo social: en esa situación hay una parte del beneficio de litigar que no recae en el litigante. El Estado debe, entonces, financiar esa proporción de los beneficios con cargo a rentas generales para así favorecer el logro de un óptimo social⁴. En otros términos, sólo es posible alcanzar un óptimo en la provisión de este bien cuando el Estado les compensa a los particulares que acceden al sistema el monto de las externalidades que, sobre la comunidad, generan con su acción.

Todo ello sin perjuicio de que el Estado desee, ya no por razones eficientistas sino distributivas, subsidiar a las personas más pobres para que puedan acceder a estos servicios. El financiamiento estatal íntegro de la justicia, lejos de favorecer a los más pobres, los termina perjudicando y produce efectos muy negativos sobre la calidad del servicio que se ofrece, tal como se verá más adelante.

2. Las dimensiones privada y pública del sistema de justicia en Chile

Al aplicar el precedente esquema analítico al funcionamiento de la justicia en Chile, se alcanzan evidencias dignas de ser consideradas y ponen de manifiesto la posibilidad de una amplia mejora en el área. Estos resultados puede presentarse como sigue.

-
- 3 Toda la comunidad se beneficia de un sistema donde las deudas se pagan, existiendo mecanismos eficientes para exigirselas a quienes no lo hagan voluntariamente. Este es un efecto de carácter general que no internaliza cada demandante al iniciar una acción judicial en su propio interés.
 - 4 En la medida, ciertamente, de que los costos de esa intervención no superen los beneficios derivados de ella.

La justicia civil y comercial en el período 1977-1995 representó, en promedio, un tercio de las causas que ingresan en primera instancia a nuestros tribunales, según las estadísticas del Poder Judicial⁵. Esta no constituye un bien público de aquellos que justifican su financiamiento íntegro por el Estado con cargo a rentas generales. Sólo es pertinente, como se ha dicho, que el Estado contribuya a financiarla en la medida que genera externalidades positivas sobre la comunidad, pero hasta el monto suficiente para compensar éstas.

Obviamente, conceder en tal medida un papel de actor al Estado en la provisión de la justicia no es suficiente argumento para asignarle una función en su producción, la que perfectamente puede quedar en manos de privados. Ello no es siquiera algo ajeno a nuestra realidad actual. A la justicia sólo llega una ínfima proporción de los conflictos jurídicos, pues los más de ellos los resuelven directamente las propias partes afectadas. Incluso en el caso de aquéllos en que los involucrados se ven obligados a acudir a un tercero para que los solucione o les ayude en tal tarea, también es posible acceder a servicios de arbitraje o de mediación proporcionados por privados⁶. Es más, nuestra legislación establece en forma expresa que ciertos tipos de conflictos (como los que ocurren entre los socios de una sociedad comercial) obligatoriamente deben ser resueltos por árbitros, sin que nunca puedan ser llevados ante la justicia ordinaria.

Estos otros sistemas de resolución de conflictos –que operan como bienes sustitutivos de los sistemas adversariales de raigambre estatal– muestran costos alternativos manifiestamente inferiores a los del sistema judicial. Ello se explica por su mayor flexibilidad. En ellos es posible adaptar los procedimientos y tiempos de los procesos de solución a las características del caso concreto. También permiten que el tercero que resuelva el conflicto sea una persona especializada en la materia. En cambio, el sistema judicial es, por definición, rígido. La independencia de que deben estar revestidos los jueces y las garantías procesales de los juicios obligan a estructurar la organización y los procesos en forma aún más pesada y formal que la que comúnmente presenta la administración pública. Nos encontramos, en este caso, con jueces que deben ser inamovibles de por vida, y con enrevesados sistemas de nombramiento y promoción. Además, las garantías que deben ofrecer a las partes llevan a eliminar márgenes de discreción, en cuanto es posible, lo que se traduce en que deban aplicar procedimientos pensados más en función del caso más complejo y excepcional que del general.

5 Las causas restantes corresponden a las siguientes: criminales (50%), menores civiles (8%), laborales (7%) y menores infraccionales (3%). El área civil interesa especialmente por su mayor vinculación con el desarrollo de la actividad económica del país. Además, un estudio realizado en el marco de esta investigación determinó que el costo público (infraestructura, gastos de operaciones y remuneraciones del Poder Judicial) promedio de un juicio ordinario civil es el doble de uno ordinario criminal.

6 En el arbitraje quien tramita y resuelve el asunto es un privado designado por las partes o la justicia en subsidio, con las mismas atribuciones que un juez. En la mediación, un tercero ajeno a las partes las ayuda a lograr un acuerdo.

Pero no son sólo estos factores los que hacen que el sistema judicial no sea la opción más eficiente para producir estos servicios. La forma como los tribunales resuelven los conflictos no siempre es la más adecuada. La sentencia judicial constituye una solución de suma cero, en que todo lo que gana una parte lo hace a costa de otra. Ello es, en algunos casos, claramente inferior a soluciones cooperativas; en particular si se trata de conflictos que afectan a personas que deberán continuar relacionándose en el futuro, como aquellos que se generan al interior de una familia o de una relación laboral o vecinal. Es más factible llegar a soluciones cooperativas a través de un arbitraje, por la relación más cercana que se produce entre el juez y las partes, y, con mayor razón aún, en la mediación, cuyo propósito es precisamente generar acuerdos entre las partes.

Por otra parte, la información de que disponemos sobre el funcionamiento real de nuestro sistema judicial –aunque dispersa, incompleta y muchas veces no del todo fiable⁷–, señala que el efecto más “público” que le atribuimos a la justicia civil y comercial (constituido por aquellas externalidades positivas a que nos referimos) se encuentra muy disminuido. En primer lugar, porque un 60% de los asuntos a los que se dedica no constituye siquiera conflictos judiciales, única hipótesis donde podría esperarse el efecto disuasivo de la justicia, al que le asignábamos consecuencias socialmente beneficiosas.

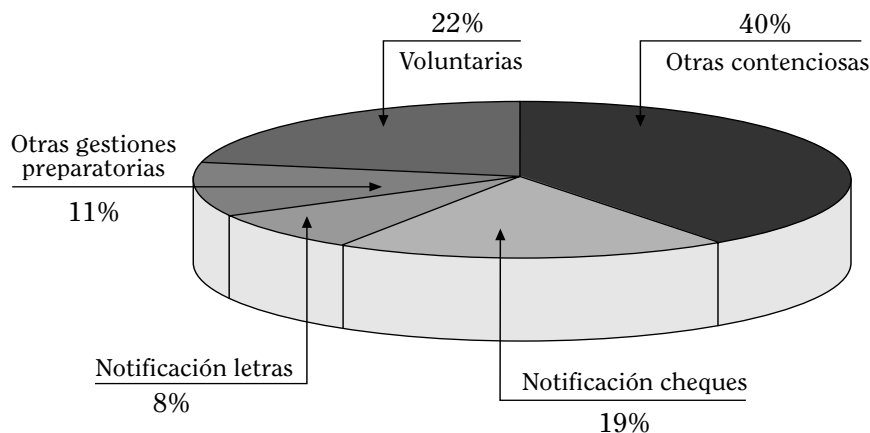
Este 60%, como lo indica el gráfico 1, está formado por gestiones destinadas a preparar un juicio de cobranza judicial, que curiosamente el sistema conceptúa dentro de los asuntos contenciosos donde hay controversia entre dos partes, cuando excepcionalmente ello llega a ser así; o gestiones propiamente voluntarias, donde el Poder Judicial actúa como ministro de fe o como una agencia administrativa más. Es lo que sucede con las posesiones efectivas de herencia, trámite necesario para el reconocimiento de la calidad de heredero y para poder disponer de los bienes de la sucesión; o con las manifestaciones mineras, necesarias para constituir una concesión sobre una mina; o con las rectificaciones de partidas, por sólo mencionar algunos ejemplos.

Existen muchas vías posibles para desjudicializar estos asuntos y así cambiar la composición del trabajo judicial, mediante la eliminación de algunos trámites o confiando responsabilidad sobre ellos a otras instituciones públicas o a entidades privadas, como pueden ser las notarías. Un cambio de esta naturaleza no sólo descargaría a los tribunales de un volumen importante de su trabajo, permitiendo que se concentraran en conocer asuntos que, al menos, entrañan un conflicto; sino también permitiría tramitar estos asuntos con procedimientos menos complejos que los judiciales. Sólo en el caso que surgiera una real disputa entre las partes estos asuntos debieran pasar a los tribunales.

7 Las últimas estadísticas judiciales publicadas por el INE corresponden al año 1995. En cuanto a las deficiencias que presentan, ver Vargas, Juan Enrique y Jorge Correa (1995), *Diagnóstico del Sistema Judicial Chileno*, CPU, Santiago.

Gráfico 1

Causas civiles ingresadas, promedio 1977-1995

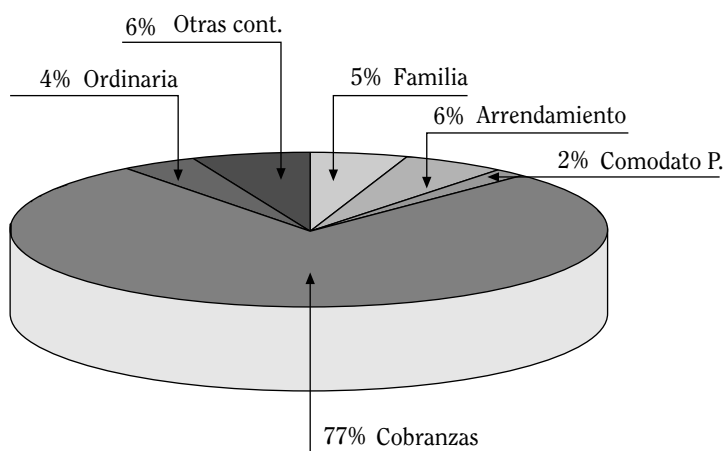


Fuente: anuarios de estadísticas judiciales del Instituto Nacional de Estadísticas.

Por otra parte, los asuntos que ingresan al sistema son en extremo homogéneos. Se concentran en un número reducido de asuntos y el más relevante es la cobranza de deudas, que en el período 1977-1995 representó, en promedio, un 77% de las causas contabilizadas en el sistema como contenciosas; es decir, las que aparecen en el gráfico 1 con la sola exclusión de las voluntarias, como se observa en el siguiente gráfico:

Gráfico 2

Distribución causas contenciosas ingresadas, promedio 1977-1995



Fuente: anuarios de estadísticas judiciales del Instituto Nacional de Estadísticas.

Tal concentración de asuntos guarda más relación con el tipo de incentivos que hoy existen para litigar –en especial la gratuidad de los tribunales– que con la composición real de los conflictos que aquejan a las personas, al menos las más pobres, como se verá más adelante. En cualquier caso, resulta evidente que la escasa proporción en que llegan a los tribunales problemas relativos a arrendamientos, compraventas o contratos similares permite sostener que es limitado el efecto disuasivo que el sistema judicial ejerce en ellos⁸.

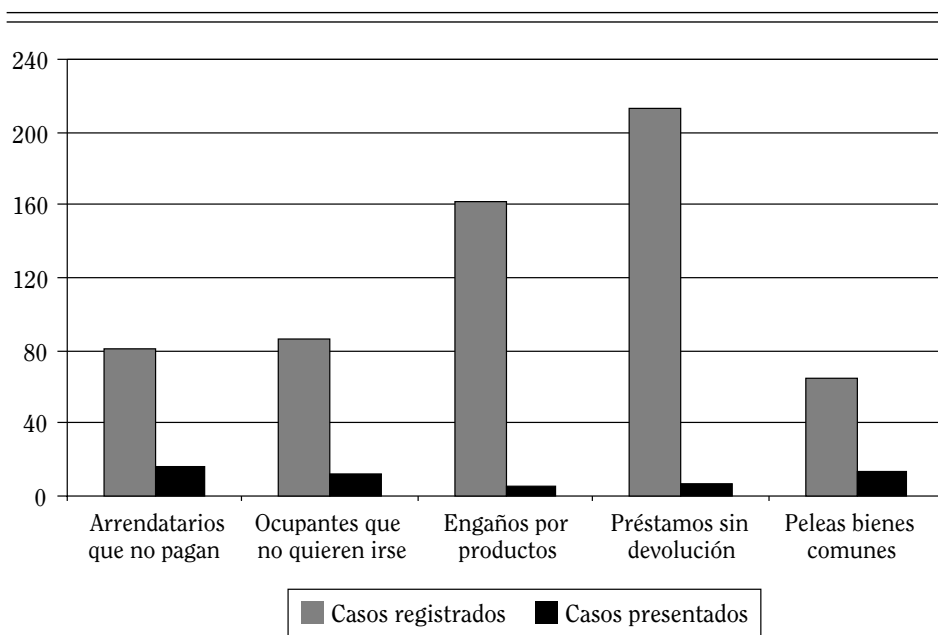
La homogeneidad también es significativa si analizamos las calidades de quienes actúan como demandantes. Para conocer antecedentes al respecto revisamos los ingresos de cobranzas judiciales durante 1996 a un tribunal de Santiago⁹. Los resultados indicaron que un 36% de los demandantes correspondía a bancos e instituciones financieras, un 10% a grandes tiendas comerciales y un 36% estaba formado por otras sociedades. Sólo un 17% de los demandantes eran personas naturales. Son entonces las instituciones vinculadas con el crédito las que concentran la más alta proporción de este tipo de ingresos. Si a ello sumamos que muchas de las sociedades corresponden a agencias de cobranzas que actúan representando a instituciones que prestan dinero o venden a plazos, lo que también sucede con las personas naturales (de hecho, cuatro de ellas representaban aproximadamente un 75% de los contabilizados en esta categoría), podemos afirmar que el sistema judicial opera hoy en día básicamente procesando causas ingresadas por las grandes instituciones de crédito, sin que cobre por ello.

Concordantemente con lo anterior, encuestas practicadas a sectores pobres indican que sus problemas no ingresan al sistema judicial, sino en una proporción muy menor. En el gráfico siguiente podemos apreciar que una cantidad ínfima de estos problemas entra al sistema. Resulta especialmente interesante constatar que en el caso de los pobres los asuntos que presentan una menor proporción de ingreso al sistema formal, en relación con su ocurrencia, corresponden a los préstamos de dinero sin devolución, precisamente aquellos litigios que agobian al sistema.

-
- 8 Si se compara el ingreso de causas a los tribunales con aquellas tramitadas por las corporaciones de asistencia judicial, donde acuden las personas pobres a obtener asistencia legal gratuita, se detectan grandes diferencias. La Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, en su Memoria de Actividades correspondiente al año 1995, señala que la mayoría de los juicios que tramitó en ese período se relacionaba con materias de arriendo o de alimentos mayores. Las estadísticas de las cortes que cubre esa Corporación indican que en ese año los ingresos de ambos tipos de causas, sumados, alcanzan al 5% del total. El 80% corresponde a cobranzas de deudas. Es decir, causas como las de arrendamiento llegan a los tribunales en una proporción menor no porque no existan o porque el efecto disuasivo de la justicia en ellas sea muy alto, sino por las barreras de acceso a la justicia que sesgan la composición del litigio.
- 9 Estos datos son representativos de lo que sucede en todos los juzgados de esa jurisdicción, por el sistema computacional aleatorio de distribución de causas que hoy existe.

Gráfico 3

Problemas civiles registrados y presentados a los tribunales por personas pobres



Fuente: "Justicia y Marginalidad: Percepción de los Pobres", CPU, 1993.

La carencia de externalidades en la justicia chilena no sólo se debe a esta extrema homogeneidad de los asuntos que conoce, tanto respecto de su naturaleza como de la calidad de los sujetos que actúan como demandantes. Refuerza esta misma idea el análisis de los egresos del sistema. Si bien en el período 1977-1995 de las causas que ingresaron un 84% terminó, tan sólo un 21% de ellas lo fueron por sentencia. Si a las terminadas por sentencia se suman las que lo hacen por avenimiento –que es otra forma de término calificable como exitosa– sólo se empujan a un 26% del total. Es decir, un 74% de las causas ingresadas termina en forma anómala; es decir, sin que se haya resuelto el conflicto que las motivó. Debe tomarse en cuenta que dentro de ese porcentaje hay causas que por definición no terminan por una sentencia –como las gestiones preparatorias al juicio ejecutivo– pero ellas, también por definición, no generan el efecto disuasivo que justificaría la intervención pública en la justicia.

Finalmente, no podemos olvidar que se trata de una justicia con bajos índices de confianza –según diversas encuestas se encargan de demostrar¹⁰–, considerada

10 Ver, por ejemplo, la encuesta latinoamericana publicada por el diario *El Mercurio* el 16 de abril de 1998, donde los resultados para Chile indican que los tribunales están en el penúltimo lugar de confiabilidad entre diversas instituciones. Sólo son superados en la mala evaluación por los partidos políticos. Similares resultados se encuentran en la encuesta publicada por la revista *Qué Pasa*, 27 de mayo-2 de junio de 1997.

por los pobres como discriminatoria –como otros estudios lo atestiguan¹¹– y con un bajo índice de predictibilidad. Los propios jueces encuestados en este trabajo declaran otorgarle escasa incidencia a lo fallado con anterioridad en casos análogos; ratificando así la impresión que lo importante –para ellos y para el sistema– no son las señales generales que mandan a la comunidad, que sirvan para orientar las decisiones de los actores y prevenir litigios futuros, sino única y exclusivamente la resolución del caso específico.

Nos encontramos entonces con una justicia civil y comercial financiada hoy en día con cargo a rentas generales, en lo que se refiere al costo de funcionamiento de los tribunales, en circunstancias que ni constituye un bien público, ni tampoco genera externalidades importantes.

Ello se da, además, en un contexto en que la justicia pública resulta ser crecientemente más cara. Entre 1977 y 1997 el Gasto Judicial Ejecutado, GJE, creció en un 365%, sustancialmente más que el Presupuesto Público Neto, PNN (99%) y que el Producto Interno Bruto, PIB (208%)¹². Es decir, en un período en que el aparato público pierde participación en el ingreso nacional, el GJE crece significativamente, a costa de otros rubros del gasto público. Este crecimiento no se traduce en un aumento similar ni de la cobertura judicial ni de las soluciones que genera el sistema, según muestra el Cuadro 1.

No existe gran diferencia entre el crecimiento del gasto judicial ejecutado y el ingreso de causas, ya que este último indicador es sólo ligeramente inferior al primero. Pero la diferencia es notable si comparamos el crecimiento del gasto judicial ejecutado con el de los juzgados (que sólo aumentan en un 37%) y con el de las causas terminadas por sentencia y avenimiento. Hoy, cada juzgado es mucho más caro que al principio del período. Lo mismo sucede con cada resolución judicial. Este efecto se acentúa en los últimos años, lapso que coincide con la implementación de políticas que implicaron un fuerte aumento del gasto en justicia.

No debiera causar sorpresa comprobar que esta inversión creciente no beneficia en forma especial a los sectores más pobres de la población. Pese a que el gasto en justicia no incorpora ningún criterio de focalización, en el medio jurídico se ha sostenido –y se sostiene– que la gratuidad de los servicios judiciales (o, en otros términos, su financiamiento estatal) persigue que no existan barreras económicas que impidan a los más pobres acceder a estos servicios. Sin embargo, en este como en otros casos, al haber otros costos asociados al litigar como los honorarios de los

11 *Justicia y Marginalidad: Percepción de los Pobres*, Jorge Correa y Luis Barros (Eds.), Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1993.

12 Los datos se han obtenido de las siguientes fuentes: *Informes financieros del sector público*, Contraloría General de la República (GJE); *boletines mensuales del Banco Central* (PIB) y *leyes de presupuesto del sector público* (PPN).

Cuadro 1

Evolución del Gasto Judicial Ejecutado (GJE), causas ingresadas, causas terminadas por sentencia y avenimiento y número de juzgados en el país (base: 1977)

Año	GJE	Causas ingresadas	Causas terminadas por sentencia y avenimiento	Juzgados
1977	100	100	100	100
1978	121	116	115	100
1979	125	142	135	105
1980	172	150	136	106
1981	190	162	139	111
1982	204	186	150	113
1983	179	196	160	119
1984	175	191	154	119
1985	167	187	165	119
1986	172	192	158	124
1987	168	202	185	124
1988	193	212	192	127
1989	199	232	197	127
1990	172	240	194	127
1991	221	241	201	127
1992	263	238	206	127
1993	300	271	230	136
1994	332	291	245	136
1995	389	328	252	137

Fuentes: Informes Financieros del Sector Público, Contraloría General de la República (GJE), boletines mensuales del Banco Central (PIB) y leyes de presupuesto del sector público (PPN).

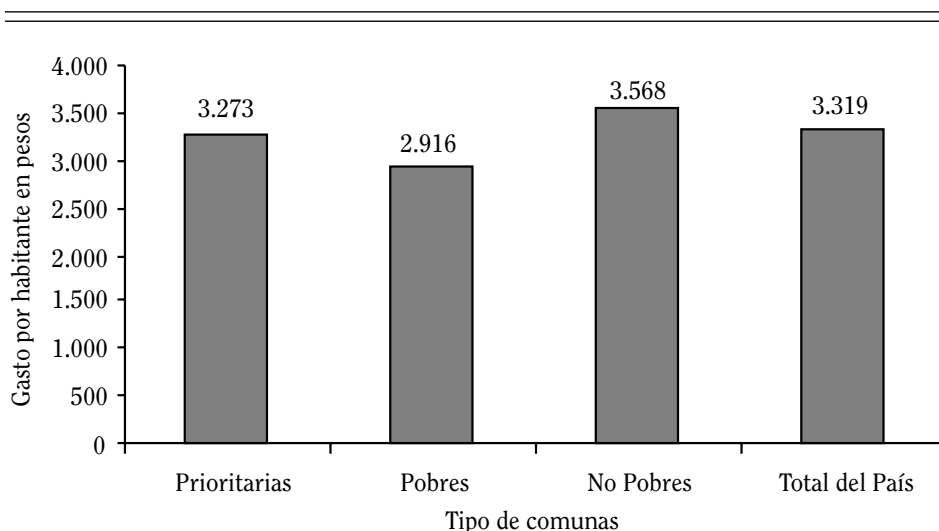
abogados, el costo del transporte o del tiempo; la gratuidad sólo beneficia a quienes están en mejores condiciones de asumir dichos costos y para los cuales, por lo general, no hay subsidios, con lo que se convierte en una inversión fuertemente regresiva.

El que sean las personas con mayores recursos quienes más se beneficien con la gratuidad de la justicia resulta perfectamente coherente con la composición del litigio descrito y con la calidad de los demandantes que acuden a los tribunales. Además,

dentro de los estudios que realizamos en el curso de esta investigación, analizamos la distribución del gasto en justicia por tipo de comuna. Para ello desagregamos el gasto judicial ejecutado por jurisdicción, cifras que comparamos con las comunas que las componen, según la categorización de prioritarias, pobres y no pobres que ha hecho Mideplan. Los resultados se presentan en el siguiente gráfico:

Gráfico 4

Gasto anual por habitante en justicia, por nivel socioeconómico de la comuna (1996)



Fuente: elaboración propia a partir de datos de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y Mideplan.

Como se aprecia, son las comunas pobres las que reciben la menor asignación para justicia por habitante. Las comunas prioritarias también están bajo la media nacional. Sólo las comunas no pobres, las que cuentan con mayores recursos, superan dicha media.

3. Las mejoras posibles a la justicia civil y comercial en Chile

Se hace necesario, entonces, efectuar cambios significativos a la forma como hoy en día se provee la justicia civil, si queremos acercarnos a un óptimo en esta materia. Las políticas deben alentar que sean los propios privados los que provean y produzcan el bien justicia. Aun cuando razones culturales o políticas impidan un desprendimiento del rol público en esta materia –manteniendo su producción estatal a través de los tribunales– resulta pertinente aconsejar que el Estado no provea íntegramente el bien, sino que cobre tasas a los litigantes que cubran el importe del servicio proporcionado menos el monto proporcional de las externalidades generadas.

Sólo poniéndole un precio a la justicia se evitará la litigación ineficiente y se salvará al sistema de su colapso. Ello, por supuesto, en nada se opone al establecimiento de subsidios directos en favor de las personas que carezcan de los recursos necesarios para proporcionarse este bien. De esta forma se podrá poner fin al carácter regresivo de la inversión en justicia.

Paralelamente habrá que actuar frente a otros factores que intervienen en la decisión de litigar, como el sistema de costas o de cobro de honorarios de los abogados. El sistema de costas es el que distribuye los gastos del juicio entre las partes. En Chile, la regla es que la parte perdedora paga los gastos del juicio, a menos que haya tenido motivo plausible para litigar. En principio, esta regla debiera desincentivar la litigación frívola. Sin embargo, la forma en nuestros tribunales la aplican, al fijar las costas en montos inferiores a los reales, disminuye fuertemente este efecto.

Por el lado de los honorarios profesionales, el sistema de la *cuota litis*, en que el abogado percibe una parte de lo que efectivamente se obtenga en el juicio, también desincentiva la litigación sin fundamento al alinear los intereses del abogado con su cliente. Un sistema de esta naturaleza también facilita que personas pobres puedan litigar sin requerir un subsidio, ya que los abogados operan como una suerte de aseguradores de sus clientes. Pese a las ventajas antes señaladas, es común en el país que al menos parte de los honorarios de los abogados corresponda a una suma fija cobrada al cliente.

Sin duda las innovaciones que se muestran como más atractivas son aquellas que apuntan a fortalecer y potenciar los sistemas alternos de resolución de conflictos. Sin esperar una política estatal en la materia, en los últimos años se han experimentado cambios de importancia en esa dirección. El arbitraje ha dejado de ser un instrumento idóneo sólo para resolver conflictos de gran envergadura y complejidad, para ser utilizado normalmente en las transacciones a que comúnmente accede cualquier ciudadano medio. Es usual que los contratos de adhesión impresos en formularios incluyan una cláusula de arbitraje. Por su parte, la mediación hoy es vista como una opción factible para el proceso de solución de un vasto conjunto de conflictos como los familiares.

En ambas materias, sin embargo, es posible pensar en políticas públicas más agresivas que mejoren su entorno de incentivos y perfeccionen su funcionamiento. En tal dirección se encuentran, en el caso del arbitraje, medidas tendientes a potenciar el arbitraje institucional, que reduce drásticamente costos de transacción al especificar desde un comienzo un sistema transparente y con plenas garantías para escoger al árbitro y determinar el procedimiento a aplicar. También la ampliación del arbitraje forzoso a todos los conflictos comerciales que excedan determinada cuantía, lo que vendría a marcar el abandono definitivo de la errada concepción de la justicia civil como un bien público.

En lo que dice relación con la mediación es necesario establecer un estatuto de la profesión de mediador, que se haga cargo de las aprehensiones que genera este

sistema, sobre todo en el gremio de los abogados, y que, en lo fundamental, especifique mecanismos de certificación profesional y de control ético, así como instrumentos efectivos para lograr el cumplimiento forzado de los acuerdos. Pero, sobre todo, hace falta promocionar y facilitar el empleo de estos sistemas en sectores que hoy en día no los están aprovechando.

4. La justicia en otras materias

Sin perjuicio de que nuestro análisis, tal como señalamos en un comienzo, se centra en especial en la justicia civil y comercial, es necesario hacer algunos comentarios respecto de las restantes materias: menores, laboral y, principalmente, criminal. En estos asuntos el Estado tiene un interés especial que bien puede justificar que concurra directamente a su provisión. Lo que sucede en ellos es que el Estado tiene una valoración propia de los bienes que están en juego, que puede ser diversa a la de sus titulares. Un Estado perfeccionista, por ejemplo, que crea que es intrínsecamente valioso promover una vida autónoma y responsable, tendrá interés en perseguir y castigar ciertos actos, aun cuando la víctima directa carezca de todo interés por hacerlo. Ello sucede también en todos los casos en que el Estado tiene una motivación especial en proteger a una parte que está en situación de especial debilidad.

Además, en el caso de la justicia criminal, que es sumamente relevante, pues representa la mitad de los ingresos al sistema en el período 1977-1995, el componente público es aún más fuerte, ya que ella está íntimamente relacionada con la utilización legítima de la fuerza contra los ciudadanos. Como se sabe, el monopolio de la fuerza constituye uno de los elementos definitorios del Estado. Si ella estuviese a disposición de los particulares, sin restricciones, se generarían fuertes externalidades negativas sobre la comunidad: el estado de naturaleza en que, según Hobbes, la vida es “solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve”.

Así y todo, las políticas más modernas relativizan la forma como tradicionalmente se ha entendido la preeminencia del fin público en el área de la justicia criminal. Por una parte, al incorporarse criterios de eficiencia y racionalidad para la intervención estatal, se reemplaza el tradicional principio de legalidad por el de oportunidad. Según el principio de legalidad, el Estado debe siempre actuar en la represión de los delitos, no pudiendo jamás excusarse de ello. En cambio, el principio de oportunidad, al reconocer que en ésta, como en todas las situaciones, las necesidades exceden a los recursos disponibles para satisfacerlas, indica que la actuación estatal debe concentrarse en aquellos asuntos de mayor relevancia social y donde existen mejores posibilidades de éxito¹³.

13 Vargas, Juan Enrique, *La Modernización de la Justicia Criminal Chilena*, revista *Perspectivas* N°1, Volumen 2, 1998.

Aún más importante para los efectos de este análisis es el reconocimiento de que muchos delitos involucran intereses en que el componente privado es más fuerte que el público. Ello lleva a reconocer que la satisfacción de tales intereses (cualquiera forma de reparación) en esos delitos (por ejemplo, los delitos contra la propiedad), debe tener la virtud de poner fin a la causa criminal, superponiéndose incluso al interés público en la sanción al delinciente.

5. Los bienes públicos más relevantes que debería producir el sistema judicial

Por otra parte, el Poder Judicial no tiene por única finalidad la resolución directa de los conflictos que aquejan a las partes. También tiene una misión que consideramos mucho más fundamental: completar la labor del legislador al señalar con precisión el sentido y alcance de los derechos que asisten a las personas. Si bien esta función se realiza a partir de un problema específico que genera tal necesidad de precisión, sus alcances son generales y exceden el caso concreto, enviando señales a toda la comunidad sobre el estatuto jurídico que las rige y al cual deben someterse. Estas señales, que no son otra cosa que información, constituyen un bien público puro, y en términos jurídicos se denominan precedentes. Esos conocimientos son aprovechados por los actores del sistema para adecuar sus conductas a las reglas y por litigantes potenciales en un conflicto, situándose, así, en mejores condiciones para decidir si invertir o no en un litigio.

La importante función de completar el significado de las reglas jurídicas debe realizarse –en el sistema continental– principalmente a través de dos instituciones: el recurso de casación y la justicia constitucional. En virtud del recurso de casación, específicamente del recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema puede anular un fallo en el que se ha aplicado la ley en forma errónea, si ello ha tenido consecuencias decisivas en la resolución. Persigue precisamente crear jurisprudencia al uniformar la interpretación judicial de la ley. Por su parte, la justicia constitucional tiene por sentido precisar el alcance de la Carta Fundamental, dejando sin efecto normas inferiores o actos contrarios a su correcto sentido y en particular a los derechos esenciales que ella consagra.

En ambos casos hay buenas razones no sólo para que el Estado intervenga proveyendo este bien, sino también para que lo produzca directamente a través de funcionarios públicos. Por lo pronto, no es posible pensar en órganos competitivos que pudieran asumirlo, ya que ello se traduciría en la existencia paralela y competitiva de órdenes constitucionales y jurídicos con sentidos y alcances diversos, y en la posibilidad para cada parte de elegir el estatuto jurídico que más le convenga. Un estatuto jurídico único y común –especialmente en las normas fundamentales– es característica básica de un Estado. Que tales normas se generen a través de representantes de los ciudadanos es, a su vez, requisito básico del sistema político

que nos rige. Por último, como tales normas no tienen como único destinatario a los particulares, sino antes que nada persiguen someter la política al derecho, es necesario que un órgano independiente de las autoridades ejecutivas intervenga en su interpretación y aplicación, llámese Poder Judicial o Tribunal Constitucional.

Con el mismo énfasis con que en un comienzo sostuvimos que el sistema judicial chileno se concentra fuertemente en la producción de un cierto tipo de justicia, para la cual hay soluciones alternativas más eficientes, un análisis de la realidad actual de nuestros tribunales nos lleva a concluir que en las áreas de la justicia de casación y constitucional, donde es indispensable su actuación, su presencia es débil y, además, está muy disminuida la orientación pública que debe predominar en ella.

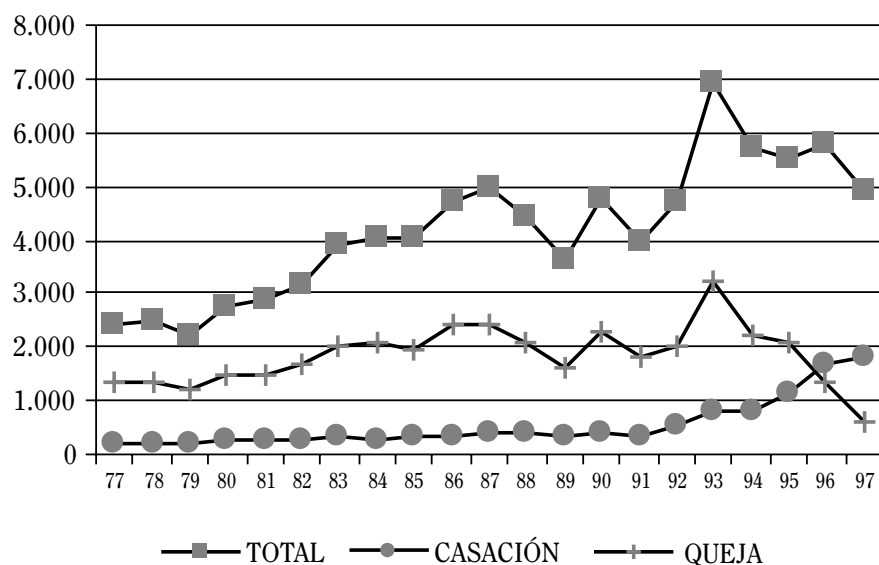
En el caso de la casación, es notorio como a lo largo de su historia la Corte Suprema ha tratado de evitarla, prefiriendo el conocimiento de otros recursos como el de queja, que le ha permitido fallar los asuntos como si fuera un tribunal de equidad, sin siquiera tener que extenderse en la fundamentación de sus resoluciones. Por largos años la Corte le ha otorgado mayor valor a resolver un conflicto en particular que a definir en modo general el alcance del sistema jurídico. Ello se comprueba tanto al analizar los múltiples obstáculos formales que ha puesto para entrar el conocimiento de las casaciones, siendo mucho más rigurosa que el legislador, como al constatar la nula utilización de la facultad que tiene la Corte para casar de oficio –sin petición de parte– una resolución.

A lo largo de los últimos años se han intentado deliberadamente políticas tendientes a convertir a la Corte Suprema en un verdadero tribunal de casación. Diversas reformas legales así lo han intentado por la vía de desformalizar este recurso y de limitar la interposición del de queja, que a la larga ha resultado ser lo más efectivo. El análisis de las cifras contenidas en el Gráfico 5 muestra la escasa relevancia cuantitativa, dentro del trabajo total de la Corte, que ha presentado la casación. Sólo a partir del fuerte decrecimiento de la queja que comienza en 1995, año en que fue reformada, se detecta un aumento sostenido de la casación, pasando los fallos de casación a ser más que los de queja a partir de 1996.

Durante ese proceso el legislador intentó acentuar aún más el carácter público de la casación, incorporando la posibilidad que la Corte rechazara de plano un recurso por “carecer de relevancia jurídica para la adecuada interpretación y aplicación del derecho”. Una disposición de tal naturaleza, conocida en el derecho comparado como *certiorari*, resultaba y resulta indispensable para regular la carga de trabajo de la Corte, asegurando que ella pueda dedicarse con profundidad a los casos en que ello efectivamente se justifica. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional dicho precepto, pues concibe al recurso de casación, de acuerdo con lo señalado en su sentencia, como un bien privado que debe ser puesto igualmente a disposición de todas las partes. Para dicho tribunal, el recurso de casación no es más que una vía adicional para impugnar una sentencia, sin que sea lícito aducir razones de interés general para privar a una parte de él.

Gráfico 5

Evolución de las causas terminadas en la Corte Suprema, 1977-1997



Fuente: registros de la Corte Suprema de Justicia.

Esta misma idea de que el recurso de casación no genera jurisprudencia, sino que resuelve casos concretos, permite explicar la escasa incidencia que tienen las sentencias dictadas en estos recursos en el trabajo posterior de los jueces de instancia, según estos mismos declaran. Realmente la casación no ha generado un cuerpo estable de precedentes en el país que ayude el trabajo de los jueces y oriente la conducta de los actores. Hoy es posible para cualquier juez fallar contra lo resuelto con anterioridad por la Corte Suprema en una casación, sin siquiera tener la obligación de hacerse cargo de tal situación.

En materia de justicia constitucional el problema es análogo. Para analizar lo que sucede en ella es necesario distinguir entre la acción de inaplicabilidad y el recurso de protección. La primera persigue que la Corte Suprema ordene que para resolver un caso concreto no se aplique una disposición legal que es contraria a la Constitución. En cambio, con el recurso de protección el titular de un derecho consagrado en la Constitución busca se le ampare ante actos u omisiones ilegales que le privan de él o amenazan o perturban su ejercicio. Este recurso es conocido por las cortes de apelaciones en primera instancia y por la Corte Suprema en apelación.

Hay buenas razones para sostener que en Chile el efecto público de la inaplicabilidad es en extremo reducido. Si bien existe la posibilidad que la Corte de oficio pueda declarar inaplicable un precepto, ello no opera en la práctica, por lo que el recurso sólo cobra vida en función del interés particular de una parte. Durante toda su tramitación el recurso queda entregado a la iniciativa de la parte, quien bien

puede disponer de él. Es tanta la vinculación entre el recurso con el caso específico, que de no lograrse con su interposición la suspensión del juicio, lo más probable es que no se obtenga en definitiva siquiera una resolución sobre la inaplicabilidad, lo que sólo es posible explicar debido a la pérdida por la parte de todo interés en él. Las cifras pertinentes están en el siguiente cuadro:

Cuadro 2

Suspensión del recurso de inaplicabilidad y formas de término

	Suspende	No suspende	Total	Porcentaje
Acogido	8	7	15	3%
Rechazado	20	60	80	15%
Desistido	8	31	39	7%
Inadmisible	23	96	119	22%
Archívese y otros	4	273	277	52%
Total	63	467	530	100%

Fuente: registros de la Corte Suprema de Justicia.

Estos datos corresponden al total de recursos terminados en el período 1990-1997. Dan cuenta de que sólo en una proporción menor (18%) terminan de una forma que podríamos llamar normal: acogidos o rechazados. Muestra, además, que la productividad de la Corte es escasa en ocho años, pues en ese lapso sólo totaliza 95 sentencias de fondo.

Aún más fuerte que los argumentos anteriores para justificar que esta acción constitucional no opera en función de los bienes públicos que puede entregar, es el carácter limitado de sus alcances. La declaración de inconstitucionalidad sólo afecta al caso específico y el precepto legal impugnado mantiene su total validez, incluso para casos idénticos al original. No han prosperado los intentos por dotar de fuerza al precedente constitucional, como han sido las iniciativas de invalidar en forma permanente una norma sobre la cual se hayan acogido tres recursos de inaplicabilidad.

No sólo por la falta de fuerza legal propia notamos una ausencia de precedentes en esta materia. También, porque frente a la inaplicabilidad nos encontramos con una jurisprudencia errática, donde nuevamente priman las características del caso concreto y no el interés público comprometido en el juicio de constitucionalidad, amén de las deficiencias de fundamentación que en general caracteriza a nuestra jurisprudencia. Debe tenerse presente que son las razones de lo fallado, y no la resolución misma, lo que constituye propiamente un precedente.

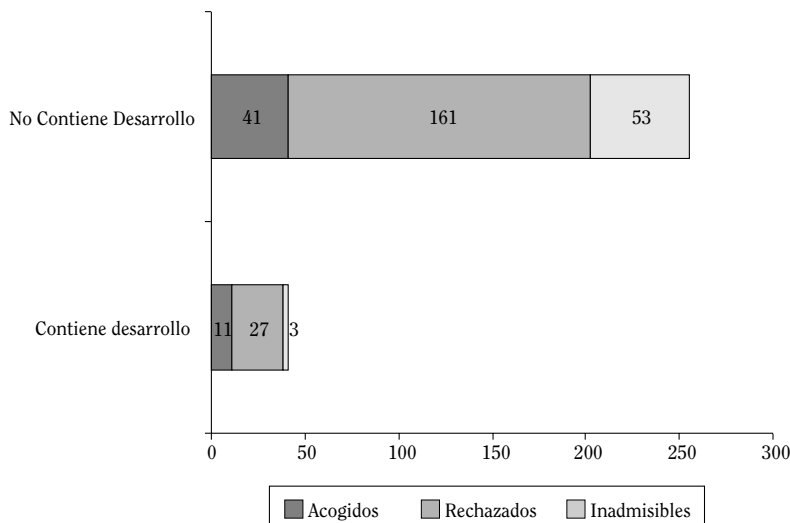
Al analizar en detalle los resultados de las inaplicabilidades deducidas contra el DL N° 2.695, sobre saneamiento del dominio de la propiedad raíz y que constituye el precepto legal más impugnado por esta vía, nos encontramos con una jurisprudencia con bruscos cambios en situaciones si no idénticas, muy parecidas. De hecho, de los 131 recursos terminados contra esta norma, nueve se acogieron y seis se rechazaron. Los restantes terminaron en forma anómala. Es posible que tras esa forma de término también haya una señal de la Corte contraria a acoger el recurso. Los argumentos varían de forma radical en unos y otros fallos, y se producen sucesivos cambios en el período.

Una de las modificaciones que es indispensable emprender para fomentar la jurisdicción constitucional en Chile consiste en concentrar en un tribunal especializado las facultades de control constitucional –preventivo y represivo–, a diferencia de lo que hoy sucede en el país, lo que facilitaría que hubiese jurisprudencia en la materia y que ésta fuera constante y predecible.

El recurso de protección presenta una realidad muy distinta a la de la inaplicabilidad. El que sea considerado dentro de la jurisdicción constitucional obedece a su consagración en el texto constitucional y a que su objetivo declarado es dar protección a derechos contemplados en este texto. Sin embargo, en la práctica la discusión a que da lugar la protección no guarda relación alguna con la Constitución. Sólo interesa que el acto impugnado sea arbitrario o ilegal para que el recurso sea acogido. De hecho, en muy pocas de las sentencias revisadas en el curso de este trabajo hay algún desarrollo o explicación acerca del sentido o alcance de un derecho constitucional, tal como se observa en el siguiente gráfico:

Gráfico 6

Desarrollo del precepto constitucional invocado en los fallos de recursos de protección



Fuente: elaboración propia a partir del análisis del total de fallos a firme en recursos de protección interpuestos contra órganos o agencias del Estado y que fueron resueltos en primera instancia en el año judicial de 1995 (277 sentencias).

La afirmación que la protección no constituye jurisprudencia constitucional no implica sostener la irrelevancia del recurso. Ello no se compadecería con la importancia cuantitativa que éste ha ido alcanzando en el país, con la trascendencia de los asuntos que se discuten y con el impacto de las resoluciones que de allí emanan. Significa simplemente sostener que la protección no genera bienes públicos de la forma como debiera generarlos una genuina justicia constitucional. Lo que ella hace es solucionar problemas urgentes que aquejan al tráfico contractual y comercial, así como proporcionar una vía para el control de legalidad de los actos de la administración, ya que no se dispone de otro camino en nuestro sistema, al no haberse constituido nunca los tribunales contencioso-administrativos.

De tal modo, las resoluciones en protección se parecen más a una resolución civil, comercial o administrativa –en una acción de urgencia– que a lo que debiera ser una de casación o de inaplicabilidad, en el sentido de no constituir un bien público puro, sino uno privado que genera externalidades positivas –nuevamente disuasión– sobre la sociedad. Así, lo dicho respecto de la provisión de la justicia civil y comercial es válido para la protección. Respecto de su producción, la situación es distinta, ya que con frecuencia su resolución implica disponer del aparato coercitivo del Estado; y, lo que resulta aún más decisivo, el carácter urgente de los fallos de protección justifica conferir esta función al Poder Judicial, en la medida que no exista otro arreglo institucional que entregue el mismo servicio sin aumentar los costos de transacción. Aun en ese contexto, no parece la mejor solución radicar el conocimiento de estos asuntos en las cortes de apelaciones, con la consiguiente competencia en segunda instancia de la Corte Suprema. Ello presenta inconvenientes para la rápida y adecuada tramitación de estas acciones e interfiere en el funcionamiento de los tribunales superiores respecto de las causas que les son propias.

Conclusiones

De los argumentos entregados en el curso de este trabajo se concluye que no es posible aceptar sin más que los tribunales en el área civil y comercial deban ser financiados con cargo a recursos públicos, en forma gratuita para los usuarios. No existe ninguna razón para establecer que este servicio deba ser proveído íntegramente por el Estado y menos que deba ser producido por funcionarios públicos.

La justicia gratuita ha conducido a la sobreutilización de un bien naturalmente escaso, en particular por aquellos que pueden financiar los otros costos asociados a litigar, con lo que la inversión de recursos públicos en este sector no favorece a las personas más pobres y tiene un marcado sesgo regresivo.

Las políticas en el sector debieran orientarse a fomentar la utilización de sistemas privados de resolución de conflictos y, en el caso de los públicos, a cobrar

por su utilización, sin perjuicio de establecer subsidios a favor de quienes no puedan asumir tales costos.

El desarrollo de la justicia pública debiera concentrarse en las áreas donde realmente se genera un bien público. Hoy día el principal desafío es su desarrollo en el sector de la justicia constitucional y de casación que, pese a su importancia dentro de un sistema jurídico, presentan serias deficiencias en el país.