

LOS CONTRATOS PÚBLICOS COMO MEDIO DE INTERVENCIÓN Y REGULACIÓN ESTATAL

EL CASO DEL SISTEMA DE LICITACIONES DE LA DEFENSA PÚBLICA

Luis CORDERO VEGA *

SUMARIO: I. *Los motivos que exigen el análisis.* II. *Análisis de caso.*
La defensa pública como contrato público. III. *Reflexiones finales.*
IV. *Bibliografía.*

I. LOS MOTIVOS QUE EXIGEN EL ANÁLISIS

1. *Fundamentos generales*

La contratación ha sido uno de los temas tradicionales en la teoría del derecho administrativo. Por un lado, por que ha tenido incidencia en la determinación de competencias en asuntos de lo contencioso administrativo, lo que es bien conocido toda vez que se sabe que el nacimiento del contrato administrativo obedece a razones de mero pragmatismo procesal.¹ Enseguida por consecuencia de lo anterior, desde la perspectiva de las reglas de contratación y sus efectos, en particular en la obsesiva necesidad de construir razones para desprender las reglas de contratación de las aplicables en el derecho civil, bajo el argumento exagerado en sus consecuencias de la protección del interés público,² que permitió generar una teoría autónoma (sustantivizadora) del contrato administrativo.³

* Doctor en derecho; profesor de Derecho administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de derecho administrativo*, Civitas, 2002, t. I; Martín-Retortillo Baquer, S., *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996.

² Silva Cimma, E., *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, bienes y contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

³ Como señala González-Varas Ibáñez, S., el origen de esta visión fue la Escuela de Burdeos. Esta tesis sutancialista partió de que “el derecho administrativo se explica como

Pero lo cierto es que además de estas preocupaciones centrales, existe suficiente evidencia que desde el establecimiento de los efectos de la Reagan y Tatchermania, los contratos públicos dejaron de ocupar solo la atención desde las perspectivas analizadas, sino que también resultaron relevantes para explicar cómo el Estado comenzó a utilizar esta figura como sistema de prestaciones públicas, más allá de la tradicional concesión.⁴

El objeto del presente trabajo es tratar de demostrar cómo esta fórmula de intervención supone nuevos desafíos para el derecho administrativo que requieren de nuevas respuestas, en particular de la forma en que se debe justificar la intervención administrativa y luego de la manera en cómo los privados participan, mediante el sistema de contratos, en la provisión de determinados bienes públicos.

2. *Aclarando nuestras posiciones*

Uno de los errores habituales en la teoría del derecho administrativo, desde nuestro concepto, es entender que tras la figura del contrato administrativo es posible absorber múltiples hipótesis que en el mayor de los casos poco se parecen.

En efecto, si bien la figura contractual puede ser múltiple y variada, por ejemplo para concesiones de obras, concesiones de servicio o bienes, también lo hay para suministros, prestaciones de servicio o arrendamientos e incluso para cuestionables figuras contractuales como son las relaciones estatutarias de los funcionarios con el Estado.

Afirmar, por ejemplo, que en muchos de los contratos administrativos se dan condiciones de interés superior que hacen necesaria la existencia del *ius variandi*, no es sino reconocer por ejemplo, que hoy en complejos contratos privados esas reglas son parecidas.

un derecho especial de los servicios públicos, compuesto de reglas exorbitantes del derecho común surgidas e impuestas por y para la gestión de servicios públicos” siendo fácil deducir, entonces, la consecuencia para los contratos de la administración: la representación por la administración del interés general en la realización de los servicios públicos implica el disfrute de privilegios o prerrogativas de contratación.

4 Cassagne, J. C. *La contratación pública*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005. Afirma que las causas de la trascendencia que ha contratado la categoría jurídica del contrato administrativo son conocidas y entre ellas destaca la “idea de colaboración de los sujetos privados con la administración pública quienes asumen cargas y obligaciones que no encajan en el molde del derecho privado”, conclusión aunque discutible desde la concepción de la “colaboración” refleja adecuadamente el contexto del fenómeno.

¿Qué hace que un contrato de suministros de bienes muebles suscrito por una administración pública sea diferente de aquel que suscribe una empresa de organización medianamente compleja? En nuestra opinión sólo el sujeto (que da cuenta de un cometido público) y los fondos públicos comprometidos.

En efecto, lo que exige procedimientos públicos transparentes y competitivos en la selección de los participantes, en la mayoría de los casos es la existencia de fondos públicos comprometidos que requieren ser bien administrados.⁵ Las empresas privadas licitan con habitualidad, pero su eje jurídico público no es relevante pues la gestión de intereses es diversa, aunque en principio eso no sucederá si quienes deciden esos procesos gestionan intereses de colectivos difíciles de precisar que es lo que sucede con los fondos de pensión, lo que sin embargo debe ser resuelto por otras vías.

Pero ¿qué hace que la figura del contrato público hoy tenga tanta relevancia, más allá de las habituales explicaciones? En nuestra opinión el contrato administrativo oculta una pregunta interesante: definida la intervención estatal ¿debe el Estado realizar esas actividades por sí mismo o debe comprarlas a terceros mediante figuras contractuales diversas?, en este último caso ¿cuáles son los aspectos en los que el sistema legal debe fijarse para resolver? Es adecuada la respuesta “interés público” o es suficiente el descrédito privado bajo la condición de que estos buscan lucro y los funcionarios públicos buscan “bienes públicos”. Ninguna de estas preguntas

⁵ Estos procedimientos son conocidos como licitaciones públicas, y corresponde al mecanismo general de contratación en todos los sistemas comparados. Mediante este se busca que el Estado obtenga productos o bienes de buena calidad a precios razonables (conveniencia) de manera que permita la eficiencia del gasto fiscal. Sin embargo, lo que se suele olvidar es que de las reglas del proceso licitatorio dependen en buena parte la ejecución de los contratos públicos y con ello el éxito o fracaso de estas modalidades de contratación (Klemperer, P., “Auction Theory: A Guide to the Literatura”, *Journal of Economic Surveys*, v. 13, núm. 3, 1999).

Estos criterios son los que están detrás de la relevancia que en la materia ha dado el derecho comunitario europeo a la legalización común de las fases de contratos públicos y las diversas modalidades de ellos, dado el impacto de las compras públicas en los mercados, lo que ha generado que con indiferencia de los sistemas legales de los Estados miembros se produzca una *iuspublicación* general del régimen contractual, incluido el control judicial (González-Varas Ibáñez).

Esto se encuentra, además, en la importancia que han adquirido los capítulos de compras públicas en los Tratados de Libre Comercio, en particular en los suscritos por Chile en los últimos años.

tiene respuestas únicas, por el contrario con certeza tendrá aproximaciones a ratos radicales.

3. *Antes de los contratos, las razones para intervenir*

Es evidente que el derecho administrativo regula hoy la relación no sólo entre las administraciones y los ciudadanos, sino también entre estas y los mercados. En efecto, el establecimiento de los procesos de privatización y desregulación que han dominado (nos guste o no) los últimos 20 años (en Chile los últimos treinta años), ha vuelto sobre la mesa la vieja discusión de qué le corresponde realizar al Estado y hasta donde.

Si bien en la primera etapa del siglo XX esa respuesta estuvo entorno a la teoría del servicio público, atravesada en tiempo próximo por las nacionalizaciones, a mediados de los años cincuenta estas explicaciones fueron llevadas a la *publicatio* como decisión de intervención estatal.

Hoy, con ámbitos más o menos, existen regulaciones en áreas relevantes denominadas “servicios de interés general” a los cuales algunos han llevado la argumentación entorno a la regulación económica. Esta explicación es razonable cuando lo que quiere resolver son problemas de monopolios naturales o posiciones prevalentes de mercado, que justificaría regular calidad y tarifas por ejemplo, sin embargo no responde a los servicios de interés social.

En efecto, ninguna de estas variables es satisfactoria, sin que en nuestra opinión resolvamos un aspecto clave. ¿Por qué la administración (o el Estado) debe hacer tal o cual cosa? Por ejemplo, ¿por qué el Estado debe proveer de educación pública si el deber de educar es privativo de los padres? ¿Por qué el Estado debe proveer de servicios sociales para jóvenes en vulnerabilidad social y no dejarlo en manos de la caridad? ¿Por qué el Estado debe proveer de servicio de asistencia legal, si para eso existe profesión legal que ofrece sus servicios en el mercado? ¿Por qué el Estado debe proveer de seguros de salud si estos son servicios privados ofrecidos por los médicos?

Las respuestas pueden ser de dos tipos:

- a) *Normativas*, en cuyo caso diremos que hay determinados valores definidos por la Constitución que el Estado debe resguardar, en muchas ocasiones incluido en el catálogo de derechos fundamentales.

- b) *Sustantivas*, en cuyo caso indicaremos que las cosas en los mercados no funcionan como se dice que funcionan por lo que debemos corregir sus fallas.

Esta última, requerirá de una fundamentación puntual. La primera dependerá de nuestra deliberación democrática. Es cierto que la Constitución establece reservas estatales, nadie lo dudaría, pero nada indica que sea el Estado directamente quien lo realice. Suponer que las actividades son privativas del Estado, sólo resuelve parte del problema. En nuestra opinión, no resuelve el aspecto clave: el Estado debe tener institución, funcionarios y potestades para desarrollar dicha actividad, o bien puede utilizar un mecanismo parecido a un contrato, no ya para comprar suministros sino para gestionar dichos servicios.

Quienes son partidarios de la intervención estatal dirán que cualquier intento de participación del mercado privado es privatizador y explotador para los ciudadanos. Quienes son partidarios de soluciones privadas, dirán que un intento diferente es violar las reglas de subsidiariedad.

Lo que hay es que los primeros no consideran las fallas de Estado, y los segundos pasan por alto las fallas de mercado, lo cual como se comprenderá no son elementos excluyentes, sino que requieren de soluciones integradas.

En nuestra opinión, los sistemas legales deberían hacerse cargo de variables algo más complejas para definir contratos públicos, que implican prestaciones de servicios públicos. Si son posibles de resolver esas interrogantes entonces los contratos públicos y los sistemas de licitaciones podrán ser buenos o malos sistemas de prestación pública.

Veamos con un ejemplo lo que pretendemos explicar. La experiencia chilena en materia de defensa pública.

II. ANÁLISIS DE CASO. LA DEFENSA PÚBLICA COMO CONTRATO PÚBLICO

1. *Introducción*

Dado el marco que nos hemos dado trataremos de explicar cómo, y en el marco de la política pública de justicia, en la cual le corresponde intervenir a la administración, es posible fundamentar los motivos, más allá de los normativos, en virtud de los cuales el Estado (administración) debe pro-

veer servicios de asistencia legal en el marco del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, utilizando el sistema de contratos públicos.

Se expondrá cómo la literatura ha explicado esta situación: por un lado la jurídica (publicación de la actividad), a través del concepto del debido proceso, y por la otra, la económica, a través de la minimización de los costos sociales. Se explicará que el bien público de justicia requiere una serie de factores esenciales para su producción, relacionados por una condición de mínimos, entre los cuales se encuentra la defensa.

Se indicará que siendo éste un bien privado, la producción sub-óptima implica intervención del Estado para su provisión. La interrogante a resolver es si el Estado la produce o la compra. Si bien la literatura de licitaciones ha puesto énfasis en los aspectos asociados a las áreas sensibles o de riesgo, es necesario establecer elementos que permitan evaluar qué aspectos se deben considerar para ocupar un sistema u otro.

Lo anterior resultará relevante en un momento de reformas judiciales en Chile y América Latina, no sólo la procesal penal completamente instalada, sino que también la de tribunales de familia y la nueva justicia laboral, en proceso de instalación. Estas experiencias y modelos deberían servir también para evaluar los aspectos vinculados a lo que se supone serán las reformas al sistema de enjuiciamiento civil.

2. La construcción de un nuevo sistema de justicia

En junio de 2005 culminó en Chile el proceso de puesta en marcha de la reforma al procedimiento criminal, que comenzó a gestarse desde mediados de los años noventa y cuya implementación desde el año 2000 ha sido un proceso gradual. Durante sus cinco años de operación, la sociedad ha presenciado la sustitución de un sistema de enjuiciamiento de tipo “inquisitivo” —caracterizado por el secreto y el oscurantismo en la investigación y percibido, además, como ineficaz y corrupto— por otro de corte “acusatorio”, más inmediato, sujeto al respeto de los derechos fundamentales de la persona, transparente y ágil. En este sentido, la reforma procesal penal se puede calificar como uno de los principales logros democráticos de los últimos años.⁶

⁶ Baytelman, A. y Duce, M., *Evaluación de la reforma procesal penal: Estado de una reforma en marcha*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho-Universidad Diego Por-

En efecto, el sistema antiguo era altamente ineficiente. En ese sistema la defensa era provista por el mercado privado de abogados, pero también, en su mayoría, por las corporaciones de asistencia judicial, en las cuales los casos se encontraban a cargo de egresados de derecho en práctica. De este modo, en el sistema antiguo la defensa no era profesional y era obligatoria sólo en la etapa terminal del procedimiento (la acusación), de manera que afectaba claramente la regularidad del juicio, y en todo caso afectaba severamente la condición constitucional de un juicio justo (artículo 19, núm. 3), lo que significaba una violación seria de los tratados en derechos humanos ratificados por Chile.⁷

La reforma procesal penal supone un cambio sustantivo, no sólo por la implementación de la oralidad, sino que en el establecimiento del juicio como una condición de construcción dialéctica de la realidad, en donde existen tres actores claramente definidos: los fiscales, que son quienes están a cargo de la persecución, y en consecuencia acusan; los defensores, que representan los intereses de los imputados o acusados, y los jueces, quienes, dadas las pruebas rendidas, deben decidir sobre inocencia y culpabilidad, y en este último caso, la pena asignada según la participación como autor, cómplice o encubridor.

El objetivo de una política pública en relación a justicia penal debe ser la eficiencia en la administración de justicia y el asegurar el acceso igualitario a la misma; no cabe sólo perseguir la eficiencia en la administración de justicia, sino que además hay que ser capaz de diseñar un sistema donde todos estén protegidos y no haya lugar a la exclusión en la tutela de derechos.

tales, 2003. Estos procesos de reforma judicial han sido implementados en América Latina con diversos niveles de intensidad, pero bajo el argumento común de mejorar el funcionamiento de los sistemas judiciales con el objeto de garantizar razonablemente el Estado de derecho, la transparencia pública y la calidad de los derechos de los ciudadanos. Una visión de estos procesos es posible de encontrar en www.cejamericas.org.

Para ver antecedentes específicos de este proceso en Chile, particularmente del sistema y su implementación véase www.minjusticia.cl/reforma/index.htm.

⁷ Duce, M. y Riego C., “La evolución histórica del proceso penal en Chile”, en Carocca *et al.*, *Nuevo proceso penal*, Santiago de Chile, Conosur Ltda., 2000. En su concepción moderna, el debido proceso comprende una dimensión objetiva (límite al ejercicio del poder punitivo estatal) y una subjetiva (posibilidad real de cada persona de intervenir en el juicio). Ambas dimensiones se amparan —aunque no únicamente— mediante el derecho a la defensa (Carocca, A., *La defensa penal pública*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, Conosur, 2002). Este derecho comprende la facultad de ser oído en juicio, de rendir pruebas y de presentar reclamaciones ante tribunales superiores, entre otras.

La clave en este escenario es que para el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, la defensa se traduce en un elemento de la esencia del juicio, de manera que sin la existencia del abogado defensor el juicio carece de legitimidad. Lo anterior se traduce en: a) la defensa es prestada sólo por abogados; b) las personas tienen derecho a abogado desde las primeras diligencias de la investigación (regularmente desde la detención); y c) sin abogado la investigación no se puede llevar a cabo, toda vez que la ley condiciona una serie de solicitudes de los fiscales a la presencia de un abogado defensor.

Desde este punto de vista, la defensa pasa a tener un rol activo en el nuevo proceso; su intervención se traduce en esencial, y supone la asignación de roles institucionales claramente establecidos.

3. *La justicia como bien público*

Se plantea comúnmente que la justicia es un tipo de bien de aquéllos que la teoría económica identifica como públicos: un bien que, cualquiera que sea el nivel de producción, el costo marginal de suministrarlo a un consumidor adicional es cero y donde no es posible excluir a nadie de su consumo, por lo que es difícil o imposible cobrar a los individuos por su uso. Dicho de otra manera, la justicia satisfecería dos características esenciales: no sería posible la exclusión y no habría rivalidad en su consumo.⁸

Por otro lado, el marco institucional entrega las reglas del juego en una sociedad al estructurar incentivos y reducir la incertidumbre en el intercambio humano.⁹ Dentro del marco institucional de una sociedad, los sistemas judiciales aparecen como una pieza fundamental en el desarrollo social y una de las variables más relevantes en los niveles de bienestar social. Un buen sistema judicial, coherente con los procesos de modernización del Estado, favorece el desarrollo económico y democrático de un país.

Un sistema judicial que entregue efectiva garantía, protección y reconocimiento de los derechos individuales de las personas, y que sea confiable y eficiente en la resolución de los conflictos, es requisito básico de una sociedad bien ordenada. Un mal sistema de justicia equivale a la ausencia de

⁸ Vargas, Juan Enrique, Peña, Carlos y Correa, Jorge, "El rol del Estado y el mercado en la justicia", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Serie de Seminarios, Santiago de Chile, núm. 42, 2001.

⁹ North, Douglass, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

derechos de propiedad; es decir, impide la existencia de títulos para internalizar los beneficios de las acciones humanas. Es cada vez más firme la convicción de que la existencia de un Poder Judicial vigoroso e independiente, con altos niveles de acceso a la justicia, eleva la confianza pública en la fiabilidad de las transacciones económicas y estimula el desarrollo económico.¹⁰

Esta circunstancia se da con toda claridad en el sistema judicial penal, toda vez que la influencia que ejerce la persecución penal en la protección de bienes relevantes para los sujetos (propiedad, vida, honor), es relevante para la credibilidad del sistema jurídico y, en definitiva, la estabilidad de los acuerdos en los mercados.

Por esta razón, el objetivo del sistema judicial es minimizar los costos sociales, por un lado los administrativos, y por el otro, el de los errores.¹¹ Formalmente podemos escribir lo anterior como:¹²

$$\min CS = ca + c\epsilon \quad (3.1)$$

Donde ca son los costos administrativos y c el costo de los errores. Los costos administrativos se encuentran asociados a la tramitación de casos que no tendrán resultados (lo que explica la discrecionalidad de los fiscales para seleccionarlos), así como a evitar utilizar elementos del sistema institucional en términos innecesarios. Por otro lado, la minimización del costo de los errores supone disminuir la probabilidad de condenar a un inocente o de declararlo culpable por una participación que no corresponde. Desde este punto de vista, tiene bastante sentido el hecho de que para que una persona sea condenada, requiere que haya una convicción de su culpabilidad más allá de una duda razonable.

Tradicionalmente, el sistema de justicia criminal ha sido expuesto en el mundo de la economía de la manera enunciada, y en el derecho por la vía del juicio justo, sin considerar los aspectos internos vinculados a su producción. Sin embargo, utilizando el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal podríamos señalar que el bien público requiere para su producción

¹⁰ Rhudy, R., "Acceso a la justicia: modelos de asistencia jurídica", en Biebsheimer, Ch. y Cordoves, C. (eds.), *La justicia más allá de nuestras fronteras: experiencias útiles para América Latina y El Caribe*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 1999.

¹¹ Posner, R., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1998.

¹² Cooter, R. y Ulen, T., *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, 1998.

de la existencia de tres factores esenciales, sin los cuales el bien justicia no se puede proveer. Estos son: jueces fiscales y defensores. Esta propuesta la podemos formalizar de la siguiente manera, donde $Justicia = Jus$.

$$\begin{aligned} Jus &= f(J, F, D). \\ Jus_{J=0} &= 0 \\ Jus_{F=0} &= 0 \\ Jus_{D=0} &= 0 \end{aligned} \tag{3.2}$$

Por su parte, existe una relación entre ellos, de manera que unos y otros dependen de sus mínimos, lo que los transforma en complementarios de manera que la producción sub óptima de cualquiera de ellos afecta el resultado de los demás y del bien público justicia, en definitiva. Lo anterior lo podemos formalizar de la siguiente manera:¹³

$$Jus = \min \{ \alpha J, \beta F, \delta D \} \tag{3.3}$$

De este modo, a su vez, el sistema judicial producirá externalidades positivas, toda vez que en cierto sentido, un sistema de información favorezca el “efecto precedente”: que provea de alguna idea acerca del contenido del sistema normativo, de sus límites y de la manera en que los tribunales aplican el derecho. La principal dimensión pública del litigio la constituye ese *stock* de bienes de capital que forman el conjunto de precedentes en un área del derecho.¹⁴ Esto permitirá asignar razonablemente los derechos de propiedad, disminuir los costos de transacción (particularmente de los acuerdos), lo cual liberará recursos que podrán ser eficientemente destinados a otras actividades.

¹³ Definir la relación mínima entre los factores asociados a la producción del bien público justicia es fundamental en el diseño de cualquier política pública asociada en esta área. Por ejemplo, lo ocurrido recientemente con los tribunales de familia en que la demanda aumentó explosivamente, es consecuencia de la no evaluación de los criterios que forman parte de esa producción y de cómo la producción sub óptima de cualquiera de ellos afecta a la producción global del bien público.

¹⁴ Posner, *op. cit.*, nota 11.

4. *El mercado de la defensa*

Dado que hemos demostrado que la defensa es un factor de la producción del bien público justicia, es necesario estudiar su composición para sacar conclusiones sobre si cabe o no un rol al Estado en esta materia.

La defensa es provista por abogados, de manera que es profesional. Sin embargo, este bien es de carácter privado, en la medida que hay rivalidad en su consumo (una persona que contrata a un abogado como defensor, impide que otra lo contrate como querellante), y existe exclusión como consecuencia de las tarifas que cobran estos profesionales.

Por otro lado, en la profesión legal existen algunas consideraciones que la caracterizan como bien de confianza, lo cual necesariamente implica que existan una serie de fallas de mercado que se encuentran asociadas a éste. Los mercados de profesionales se caracterizan por la información asimétrica, y la falta de información de los consumidores es más severa con los servicios, sobre todo con los que no son frecuentemente requeridos o cuya evaluación sólo puede hacerse con la ayuda de altos estándares técnicos.¹⁵ Las asimetrías de información entre los clientes y los abogados hacen imposible crear una relación transparente en cuanto al precio y calidad del servicio que se preste; los prestadores de un servicio siempre saben más del servicio que quien los compra, transformándose en un problema de agencia,¹⁶ lo que puede ocasionar bajas importantes en la calidad del servicio prestado o desproporción en los precios cobrados por tales servicios.¹⁷

En este contexto, la pregunta que se debe resolver es ¿por qué existe un rol para el Estado en la producción del bien privado “defensa” en los sistemas de enjuiciamiento criminal? La razón principal es que existe una producción sub óptima del bien. En efecto, y tal como lo muestra la figura 1, los abogados privados producen un número (Q^*), con un precio (PC) siendo sus costos (PA); toda la figura que se encuentra entre PA , A , B y PC es el excedente del consumidor con el cual se quedan los abogados. Sin em-

¹⁵ Bergh van den, “Self Regulation of the Medical and Legal Professions: Remaining Barriers to Competition and EC Law”, *Organized Interest and Self-Regulation, An Economic Approach*, Oxford University Press, 1999.

¹⁶ Cooter, R. y Ulen, T., *op. cit.*, nota 12.

¹⁷ Kritzer, H. y Krishnan, J., “Lawyers Seeking Clients, Clients Seeking Lawyers: Source of Contingency Fee Cases and their Implications for Case Handling”, *Law and Policy*, vol. 21, núm. 4, 1999; y Hadfield, G., “The Practice of Law: How the Market for Lawyers Distorts the Justice System”, *Working Paper*, Nueva York, núm. 157, 1999.

bargo, lo que requiere el sistema de enjuiciamiento criminal es una producción óptima (Q^{**}),¹⁸ de modo que el Estado debe proveer la diferencia que existen entre lo que produce el mercado privado de defensa y el óptimo.

La razón resulta evidente: dada nuestra formalización (3.2) y (3.3), cualquier producción sub óptima del bien defensa afecta seriamente la producción óptima del bien público justicia, por lo cual existirá un costo social importante.

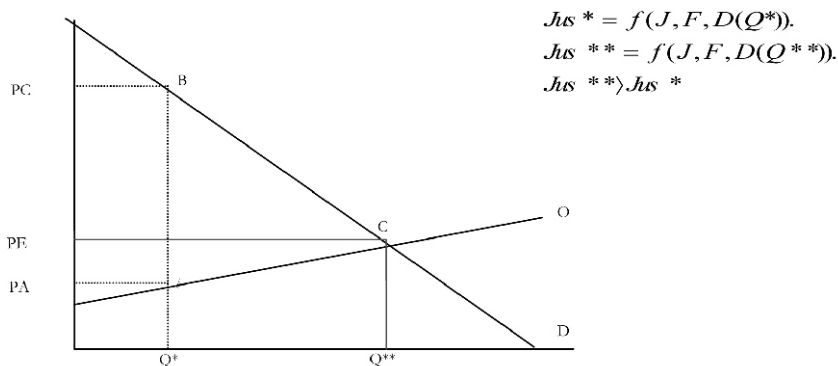


Figura 1

Una de las razones en virtud de la cual es posible explicar por qué se da esta producción sub óptima del mercado privado de la defensa es, probablemente, que los sujetos que tienen la calidad de imputados en el sistema penal no tienen recursos para demandar defensa privada como consecuencia de ser pobres.¹⁹ Otra explicación se encontraría en los altos costos de

¹⁸ En el punto C se equilibra socialmente el mercado, en donde el beneficio marginal social y el costo marginal social se igualan logrando el óptimo social.

¹⁹ Según los datos de la Defensoría Penal Pública, en el nuevo sistema de enjuiciamiento existe una relación entre edad, ingresos, escolaridad y delincuencia, tal como se puede desprender de las cifras oficiales. En este sentido, existe evidencia que asocia algunos de estos elementos en nuestra literatura. Véase Núñez, J., Rivera, J., Molina, O. y Villavicencio, X., "Determinantes socioeconómicos y demográficos del crimen en Chile. Evidencia desde un panel de datos de las regiones de Chile, *Estudios de economía*, Santiago de Chile, núm. 30, 2003.

transacción del mercado de los abogados, en particular los de búsqueda y monitoreo, lo que tiene efectos evidentes frente al valor esperado de los resultados de un juicio.²⁰

De este modo, al establecer el Estado el óptimo social (Q^{**}), se disminuyen los costos de transacción, en particular los de búsqueda y monitoreo, que ahora serán de su cargo, lo que tiene efectos sobre el precio de mercado de los abogados como se demuestra en la figura 1, transfiriendo el excedente del productor (abogados) a los consumidores (PC, B, A, PA) y obteniendo una ganancia adicional de bienestar (A, B, C), tal como se aprecia en la precitada figura.

Por último, la existencia de un óptimo (Q^{**}) de defensa no sólo supone que habrá una producción óptima del bien público justicia, sino que también tendrá importantes externalidades positivas para el desempeño de policías, fiscales y jueces. La existencia de una defensa profesional durante la investigación y el juicio, implicará que los actores de la persecución (policías y fiscales) estarán sujetos al escrutinio del abogado defensor, quien sólo puede desarrollar su trabajo velando por los intereses de sus clientes considerando, entre otros factores, la corrección de los sujetos a cargo de la persecución, de manera que disminuye por dicha vía el costo del error del sistema judicial. Por su parte, en el caso de los jueces, la existencia de defensores profesionales impone la obligación de fundar adecuadamente, frente a la posibilidad de recursos judiciales, de manera que también disminuye el costo del error de la sentencia. De este modo, las prácticas de los otros actores se ajustan a los estándares exigidos por la ley y la Constitución, y la sociedad en su conjunto se beneficia de policías y fiscales que persiguen con respeto de las garantías, y de jueces que fundan adecuadamente sus decisiones.²¹

Este criterio de selectividad del sistema penal implica que el acceso debe franquearse especialmente a los más pobres, pues de otro modo el sistema radicaliza condiciones de marginación y pobreza. Véase Correa, J. y Barros, L., *Justicia y marginalidad. Percepción de los pobres*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1993; Correa, J. y Jiménez, M. A., "Sistema judicial y pobreza", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago de Chile, núm. 35, 1997.

²⁰ Posner, *op. cit.*, nota 11; Kritzer y Krishnan, *op. cit.*, nota 17.

²¹ Al respecto, hay evidencia que discurre sobre la predisposición de que un sistema de enjuiciamiento criminal que tiene un sistema de defensa adecuado, redundará en menores costos frente a los que devendrían de un ejercicio inmoderado del poder gubernativo y el riesgo cierto de corrupción de los sistemas que carezcan de vías adecuadas de defensa. Véase Hylton, K. y Khanna, V., "Toward an Economic Theory of Prodefendant Cri-

4. *Provisión y producción. Los problemas de fallas de Estado*

Estando demostrado que en el sistema de enjuiciamiento criminal el mercado privado no produce óptimamente los servicios requeridos, y que por su parte la Reforma Procesal Penal impone como elemento esencial de producción del bien público justicia a la defensa y que estos factores a su vez son complementarios, por lo cual la relación de sus mínimos tienen importantes efectos, existen suficientes argumentos para sostener que al Estado le cabe en esta materia un rol en la provisión del bien “defensa”.

Sin embargo, la pregunta a resolver es si el Estado decide producirlo o bien comprarlo. Si se toma la primera decisión, lo realizará con un sistema burocrático a su disposición. Si adopta la segunda, tendrá una serie de alternativas, todas ellas representadas, por lo general, por la vía de contratos. En el caso del sistema chileno, la segunda opción es la manifestada por la ley, específicamente utilizando los mecanismos de licitación.

Existe literatura que ha puesto en evidencia los aspectos claves asociados a un sistema de licitaciones (como mecanismo de selección) para prestar servicios de defensa penal.²² En efecto, se afirma que el Estado para definir un sistema óptimo, debe considerar: 1) calidad dual del mercado; 2) calidad y riesgo moral; 3) riesgo e incentivos en la ejecución de las actividades de los abogados (problemas de agencia); 4) riesgo en la variabilidad de la demanda; 5) riesgo en la provisión de servicios; 6) riesgo de modificación de contratos; 7) maldición del ganador, y 8) posibilidades de renegociación. De este modo, es posible definir alternativas que permiten establecer un sistema adecuado.

Sin embargo, una pregunta previa que es necesario responder es ¿qué factores debe considerar el Estado, para decidir si, dada la necesidad de provisión pública, utiliza un instrumento u otro? Las recomendaciones señaladas para definir un óptimo de licitaciones dan luces en este sentido,

minal Procedure”, *The Harvard John M. Olin Discusión Paper Series*, Rev. Versión of Discusión Paper, núm. 318, 2002; Hylton, K., Khanna, V., “A Public Choice Theory of Criminal Procedure”, *The Harvard John M. Olin Discusión Paper Series*, Rev. Versión of Discusión Paper, núm. 382, 2005.

²² Núñez, J. y Rivera, J., “Determinación del mecanismo óptimo de licitaciones asociado a la Defensoría Penal Pública”, Santiago de Chile, Departamento de Economía-Universidad de Santiago de Chile, 2000; Núñez, J. y Rivera, J. “Reforma procesal penal: implicaciones, riesgos y ventajas de licitar servicios de defensa”, *Revista Economía y Administración*, Santiago de Chile, 2002.

pero también aquella que se ha focalizado en los procesos de contratos (*contract out*) y la evaluación para definir su retroceso (*contracts back in-house*), dada determinadas condiciones para definir la eficiencia de la intervención.²³

En efecto, se afirma que la provisión de bienes públicos o privados por parte del Estado se da como consecuencia de las fallas de mercado, pero cuando el Estado utiliza los mecanismos de contratos, puede adolecer de las mismas fallas.²⁴

Si bien este tema forma parte de un debate mayor sobre la manera de comprender la entrega de los servicios públicos, de modo que se encuentra atravesado sobre las relaciones entre el Estado y el mercado, dado el contexto de los servicios de defensa penal, resulta necesario proponer cuáles son los elementos que debe considerar un decisor de política al momento de decidir si “produce o compra (contrata)” servicios o bienes. Éstos deberían considerar:

A) *Problemas de agente principal*. Uno de los principales problemas que plantea toda prestación de servicios profesionales, como por ejemplo, la defensa respecto del imputado, es lo que se denomina el problema de agencia. Toda relación de servicio, por ejemplo entre un abogado y su cliente, supone una relación entre un agente, el encargado de prestar el servicio o realizar una labor en interés de otro, y un principal, que es aquel en cuyo interés el agente debe trabajar. El desafío que debe encarar un buen diseño institucional de prestación de servicios es instituir como principal al directamente afectado por el servicio y no, en cambio, a un tercero que resulta sólo indirectamente afectado por él. En el caso de la Defensa Penal Pública, el principal es el imputado y no el Estado, y por lo mismo el desafío del diseño institucional (contrato) consiste en asegurar que el imputado, y no el Estado, posea la capacidad de influir en la conducta o el comportamiento del defensor a fin de que sus intereses coincidan, hasta cierto punto, con los suyos. Sin embargo, y por supuesto, un sistema de cualquier clase, no permite, *per se*, corregir las asimetrías de información entre el cliente y su abogado. Como suele ocurrir en la prestación de servicios profesiona-

²³ Hefetz, A. y Warner, M., “Privatization and its Reverse: Explaining the Dynamics of the Government Contracting Process”, *Journal of Public Administration and Theory*, vol. 14, núm. 2, 2004.

²⁴ Freeman, J., “Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law”, *Administrative Law Review*, 52, 2000.

les, el cliente no está en condiciones de verificar que el abogado se condujo conforme a la ley exacta y con una diligencia al aceptable. Podría hacerlo, desde luego, pero los costos de transacción que ello supondría serían muy altos. De ahí entonces que, justamente por la índole de mercado que el mecanismo de defensa supone, se requiere que el Estado, que ni produce ni financia íntegramente el servicio, tenga al menos la función de controlar su calidad a fin de evitar que, sirviéndose de las asimetrías de información, el abogado pueda malgastar los recursos públicos y traicionar a su cliente.

B) *Ámbito de cobertura*. La definición de los usuarios es imprescindible, en la medida que su universo permite determinar la oferta no cubierta por el mercado privado. Los servicios de defensa, al ser financiados con recursos públicos, se encuentran frente a una serie de prioridades igualmente competitivas, *i.e.*, salud, seguridad ciudadana, pensiones, etcétera, existiendo alguna evidencia comparada que demuestra que la atención de clientes impopulares tiene efectos sobre el racionamiento de recursos disponibles.²⁵ En estricto rigor existen dos formas probables de definir a sus usuarios: a) Cuando el sistema de defensa es garantía general, es decir, cuando la ley confiere el derecho a cualquier persona que carezca de un abogado de confianza; b) Cuando el sistema de defensa es diseñado como un medio de asistencia a las personas que no lo pueden financiar, es decir, como un sistema de pobres. En la primera situación nos encontramos frente a un seguro universal; en el segundo caso, frente a un seguro focalizado. Se ha señalado, no obstante, que es recomendable que en el caso de bienes privados suministrados por el Estado, el racionamiento de dichos bienes sea necesario, toda vez que lo contrario genera una serie de ineficiencias.²⁶ Una alternativa, por lo menos adoptada en el sistema de chileno, es el sistema de precios a través de aranceles, lo que genera importantes costos de transacción para el Estado, los que también pueden ser absorbidos por los contratos.

C) *Composición del mercado*. El empleo con mayor o menor masividad de abogados, ya en el carácter de funcionarios en una defensoría absolutamente pública, ya como prestadores externos en sistemas privados o mixtos, requiere detectar qué clase de mercado de los abogados existe, y cuáles son sus rasgos más destacados. Asimismo, es importante conocer las características de la especialización de los mismos, pues sólo prestadores

²⁵ Brown, D., "Rationing Criminal Defense Entitlements: An Argument from Institutional Design", *Columbia University Press*, Nueva York, vol. 104, núm. 3, 2004.

²⁶ Stiglitz, J., *La economía del sector público*, Madrid, Bosch, 2002.

preparados en buenos procesos de capacitación pueden constituir una fuerza de defensa que sea capaz de entregar un servicio efectivo, y además suponer la existencia de oferta de calidad en los procesos de licitación. En este escenario probablemente resulta básico para la decisión conocer: a) la oferta de abogados en general, b) la oferta de abogados, segmentados en el área penal, c) las condiciones de ejercicio de la profesión legal, y d) los medios de control de calidad que el sistema tiene sobre los abogados, sean públicos o se trate de sistemas de autorregulación. De este diagnóstico dependerá la decisión posterior. Por ejemplo, si carece de medios conocidos de especialización, se deberán generar condiciones de capacitación o inducción al mercado privado para que el cambio sea posible; si tiene colegios de abogados que administran el control profesional (ético y forense) es probable que el Estado al momento de diseñar el sistema de monitoreo de los servicios, pueda emplear dichas estructuras de manera de disminuir dichos costos.²⁷

D) *Monitoreo de la actividad.* Uno de los aspectos clave de los sistemas de contrato es el establecimiento de reglas y pautas claras de evaluación. Ciertamente, cuando el Estado decide comprar la provisión pública del bien privado debe considerar que existen dos costos de monitoreo: por un lado,

²⁷ En Chile, los abogados poseen un régimen de libertad de ejercicio, en el cual muchas de las características autorregulatorias de la profesión que se observan en otros países, así como las capacidades que las agrupaciones de abogados tienen sobre el control ético y de calidad de las prestaciones efectuadas por los asociados, pierden relevancia en un esquema nacional que parte de la base de una colegiatura no obligatoria.

Ahora bien, ello no ha sido siempre así. Las transformaciones que orientaron la economía chilena en los años setenta y ochenta, hacia la liberalización, también afectaron el ámbito de los servicios profesionales y las organizaciones de estos prestadores. Los antiguos Colegios Profesionales, que cumplían el rol regulador de la profesión bajo la Constitución de 1925, fueron convertidos en Asociaciones Gremiales a las cuales las personas podían asociarse libremente, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política de 1980.

Además de la adscripción voluntaria, la existencia de múltiples colegios profesionales (al menos uno en cada región del país) ha debilitado aún más la fuerza reguladora del Colegio de Abogados, dando paso a un sistema de establecimiento de requisitos previos para optar al título profesional en el que no tienen injerencia los colegios profesionales, y en que no existe un mecanismo de control directo sobre el ejercicio profesional.

En consecuencia, en Chile la actividad profesional de los abogados no está sujeta a la supervigilancia de ninguna agencia u organización, y el control ético del actuar de los abogados es ejercido por los colegios cuando se trata de uno de sus miembros. Asimismo, no existen obstáculos de entrada significativos ni requisitos de acreditación continua para los abogados que ya se encuentran operando en el mercado.

el del Estado con los contratantes, y por el otro, el de los clientes, en este caso, los imputados, con los agentes, los abogados. Esto explica, en nuestro modelo, que los costos de transacción del mercado bajen, pero también supone que éstos son asumidos íntegramente por el Estado. Por otro lado, el éxito de un sistema de contratos depende en buena parte de los mecanismos de evaluación. Si estos no funcionan bien, el costo de transacción será alto, y a su vez, las externalidades negativas también pueden ser importantes, en la medida que imponen un efecto sobre el bien justicia general.

Aunque estos criterios resultan elementales, sin su definición no es razonable recomendar producción o compra. Si bien es cierto que un sistema de licitaciones, como medio de competencia, puede hacerse cargo de alguno de ellos, otros, por ejemplo los de monitoreo y problemas de agencia, sólo pueden ser apreciados *ex post* de la licitación,²⁸ de manera que el sistema de competencia no lo resuelve, y traslada su evaluación a la ejecución del contrato. Por otro lado, estos elementos son los que determinarán efectos posteriores sobre los otros factores, particularmente sobre cómo se distribuyen los riesgos.

En este sentido, los problemas de agencia serán mas o menos severos según sea la manera en que se encuentra estructurado el mercado desde donde el Estado decidirá comprar los servicios. Si en dicho mercado, como en el chileno, existe una gran capacidad de libre entrada, un sistema de autorregulación prácticamente nulo y un sistema de libertad de asociatividad, la decisión “producir o comprar” depende del costo de monitoreo lo que dadas estas características será importante, sobre todo si se considera que los servicios legales son bienes de confianza, por lo cual los problemas de acción escondida pueden ser altamente costosos de investigar.

6. *Síntesis*

El nuevo sistema de justicia criminal ha traído aparejado importantes efectos, entre los que destaca una tendencia a la producción óptima del bien público justicia, y ciertas garantías que permiten entregar una asignación eficiente de los derechos de propiedad, disminuyendo además los cos-

²⁸ Núñez, J. y Rivera, J., *Evaluación del sistema de licitaciones en las regiones Cuarta, Quinta, Sexta, Octava y Novena*, Santiago de Chile, Departamento de Economía-Universidad de Chile, 2004.

tos administrativos del sistema judicial, lo que en definitiva se puede traducir en una disminución del costo social.

Uno de los aspectos clave es que el bien público justicia, en el marco de la reforma procesal penal, ha implicado reconocer tres factores de producción esenciales asociados a relaciones de mínimos, de manera que una mala asignación de recursos tendrá efectos negativos en la producción del bien público justicia.

Si bien el mercado de la defensa es un bien privado, existen razones para la intervención estatal, como consecuencia de que en dicho mercado existe una producción sub óptima del bien defensa probablemente como consecuencia de la selectividad del sistema penal con los pobres. En el actual sistema existe bastante evidencia sobre este aspecto.

Resuelta la interrogante de si el Estado debe proveer servicios de defensa, el problema de un decisor de políticas es si los produce o los compra (contrata). Si bien es cierto que *los sistemas de contratos son una modalidad instalada como medio de producción*, y en el caso chileno el sistema de licitaciones de defensa penal responde a estas ideas, existe evidencia comparada que recomienda evaluar las posibilidades de *contract back in house*, en la medida que es posible evaluar determinados elementos que significan un aumento de costos en la producción. Tomando la literatura de licitaciones de defensa penal en Chile y la evidencia señalada, cuatro son los factores que se deberían considerar: 1) problemas del agente principal; 2) composición del mercado; 3) cobertura; y 4) monitoreo. Estos elementos definen las consecuencias posteriores y, en particular, la eficiencia de un sistema de licitaciones como medio de producción de un bien privado suministrado por el Estado.²⁹

III. REFLEXIONES FINALES

Tal como se aprecia, la metodología de casos nos ha permitido explicar tres condiciones: por qué intervienen las administraciones, bajo qué condi-

²⁹ En un marco de reformas a la justicia, no sólo penal, sino que también en familia y trabajo, y probablemente en el mediano plazo en la justicia civil, los aspectos asociados a los factores que existen en la producción del bien público justicia, así como la manera en que se proveen estos elementos, son elementales si se quieren obtener los resultados esperados de eficiencia y seguridad.

ciones y con qué instrumentos. En este último aspecto los contratos administrativos son una opción, aunque no necesariamente la única respuesta.

Las categorías tradicionales del derecho administrativo para explicar la participación de privados en funciones públicas, mediante las argumentaciones tradicionales entorno a la gestión de servicios públicos, en sus más diversas manifestaciones resultan insuficientes. Fundamentalmente porque el contrato administrativo responde hoy a un modelo de intervención administrativa, que permite más flexibilidad, pero que genera una serie de consecuencias de largo alcance que es necesario evaluar.³⁰

Lo anterior es consistente con los sistemas de reforma del Estado que desde el modelo de Nueva Zelandia (seguido por Chile) ha puesto los énfasis en la evaluación del desempeño como parte de un conjunto de acciones destinadas a responsabilizar a los gerentes públicos por los resultados e impactos logrados, enfatizando una mayor eficiencia de los servicios públicos,³¹ lo que ha dado origen a una gestión administrativa por contratos.³² En Chile específicamente esto se tradujo en la dictación de la Ley 19.882, que reguló una nueva política de funcionarios públicos, utilizando el contrato como medio de compromiso y evaluación del desempeño.³³

Por otro lado, y en este panorama, el modelo de concesiones de obra chileno³⁴ que desde mediados de los años noventa ha significado un aumento importante de inversión en obras públicas, generando un impacto en la calidad de algunos bienes como carreteras, se ha ido expandiendo en el marco de la regulación legal, al que como consecuencia de la concesión de obra se concesionan también servicios esenciales para la prestación de algunos servicios públicos, en particular lo que está sucediendo con la construcción de cárceles que como consecuencia de la concesión de la obra, se

³⁰ En el derecho europeo continental así lo fundamenta González-Varas Ibáñez (2003), y en el derecho anglosajón. Freeman, J., "The Contracting State", *Florida State University Law Review*, vol. 28, 2000.

³¹ Cunill, N. y Ospina, S., "La evaluación de los resultados de la gestión pública: herramienta técnica y política", *Evaluación de resultados para una gestión pública moderna y democrática*, CLAD, 2003.

³² Schick, A., "Why most Developing Countries Should not Try New Zealand's Reforms", *The World Bank Research Observer*, vol. 13, núm. 1, 1998.

³³ Para analizar el alcance de esta reforma y la gestión por convenios de desempeño véase www.serviciocivil.cl.

³⁴ Véase en el presente Congreso la intervención del profesor Claudio Moraga. En línea se puede obtener información en www.concesioneschile.cl.

concesionan también servicios penitenciarios tradicionales como es el de reinserción social.³⁵

Esta situación, conjuntamente con la cada vez más amplia participación de los privados en las actividades públicas, de lo que da cuenta la abundante regulación de control de sectores particulares,³⁶ exige reconsiderar la manera en que debemos entender el derecho administrativo, y en particular los instrumentos como los contratos que se manifiestan como títulos de intervención.

En efecto, la cada vez más expansiva participación privada y la gestión por contratos oculta una activa gestión particular en el gobierno lo socava en algunos aspectos de la toma de decisiones que el derecho administrativo exige de los actores públicos, como la transparencia, ecuanimidad, participación, consistencia, racionalidad e imparcialidad.

El problema que se presenta dice relación con la constitucionalidad de la delegación del poder público en actores privados y en caso de estimarse que lo es, el actor debe o no ser tratado como un actor público al que le son aplicables las restricciones constitucionales establecidas. Esto es importante ya que incluso cuando el organismo público mantiene la facultad de aceptar o rechazar las reglas establecidas por actor privado, es éste último el que interpreta y aplica dichas reglas dándoles contenido práctico y atenuando la línea divisoria entre la elaboración de políticas públicas y la implementación de funciones.

El ejercicio de funciones gubernamentales por parte de privados puede crear también conflictos de intereses entre los fines privados y los públicos por la ausencia de responsabilidad o la pérdida de otros valores del derecho administrativo como la participación y la imparcialidad.

El sistema contractual descansa en la aplicación de principios de legislación administrativa blanda en algunos casos. Como resultado de ello, un régimen contractual (mediante el cual se gestionan servicios) puede socavar la participación pública en la toma de decisiones e impedir el acceso público a la indemnización de los daños sufridos por los beneficiarios del contrato. El privado puede proveer un servicio deficiente, dañar a los consumidores o comportarse monopólicamente con escaso temor a represalias.

³⁵ Para conocer más del sistema de concesiones carcelarios y los servicios penitenciarios que se concesionan, visitar www.gendarmeria.cl/penitenciaria/obligaciones.htm.

³⁶ Canals I. y Amettler, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, Comares, 2003; Freeman, *op. cit.*, nota 24.

Por otro lado, si los sistemas de contratos administrativos externalizan las responsabilidades de implementación de servicios públicos, los organismos públicos arriesgan la entrega del control de la misma, y en consecuencia de privatizar las ganancias y distribuir las pérdidas, con los efectos que esto genera.

El desafío del derecho administrativo es determinar cuándo y cómo extender los requerimientos legales a los actores privados que desempeñan funciones públicas, en particular en un sistema de activa generación de contratos administrativos.

La pregunta de cuándo los actores privados deben ser tratados como públicos adquirirá mayor relevancia. Los académicos del derecho administrativo deberán determinar cuánto se verán frustrados los beneficios de la participación privada en la administración, tales como la experticia, innovación y eficiencia, por la imposición de controles de responsabilidad de los entes públicos.

El derecho administrativo debe reorientarse hacia el estudio de actuaciones público-privadas complejas que caracterizan la relación contemporánea. El quiebre con las categorías tradicionales del derecho administrativo exige reconocer el rol del sector privado como descubridor de hechos, elaborador de políticas y administrador, sin embargo la utilización de las herramientas de contratos para dicha participación será útil si sólo si, tal como en el caso analizado, se hace cargo de una serie de riesgos que la regulación legal debe implementar, pues de lo contrario justificada la intervención pública los medios de intervención tradicionales del derecho administrativo parecieran ser más seguros.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BAYTELMAN, A. y DUCE, M., *Evaluación de la reforma procesal penal: estado de una reforma en marcha*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho-Universidad Diego Portales, 2003.
- BECKER, G., "Crime and Punishment: An Economic Approach", en Becker, G. y Lades, W. (eds.), *Essays in the Economic of Crime and Punishment*, Nueva York, Columbia University Press, 1974.
- BERGH, ROGER VAN DEN, "Self Regulation of the Medical and Legal Professions: Remaining Barriers to Competition and EC Law", *Orga-*

- nized Interest and Self-Regulation, an Economic Approach*, Oxford University Press, 1999.
- BROWN, D., "Rationing Criminal Defense Entitlements: An Argument from Institutional Design", *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 104, núm. 3, 2004.
- CANALS I. y AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, Comares, 2003.
- CAROCCA, A., *La defensa penal pública*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, Conosur, 2002.
- CASSAGNE, J. C., *La contratación pública*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
- COOTER, R. y Ulen, T., *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CORREA, J. y BARROS, L. (eds.), *Justicia y marginalidad. Percepción de los pobres*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1993.
- y JIMÉNEZ, M. A., "Sistema judicial y pobreza", *Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie Seminarios*, Santiago de Chile, núm. 35, 1997.
- CUNILL, N. y OSPINA, S., "La evaluación de los resultados de la gestión pública: herramienta técnica y política", en CUNILL, N. y OSPINA, S., *Evaluación de resultados para una gestión pública moderna y democrática*, CLAD, 2003.
- DUCE, M. y RIEGO, C., "La evolución histórica del proceso penal en Chile", en CAROCCA, A. *et al.*, *Nuevo proceso penal*, Santiago de Chile, Conosur Ltda., 2000.
- FABELO, T., "What Policymakers Need to Know to Improve Public Defense Systems", *Paper*, presentado en la Executive Session on Public Defense, Massachusetts, 2001.
- FREEMAN, J., "Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law", *Administrative Law Review*, núm. 52, 2000.
- , "The Contracting State", *Florida State University Law Review*, vol. 28, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2002, t. I.
- HADFIELD, G., "The Price of Law: How the Market for Lawyers Distorts the Justice System", *Working Paper*, Nueva York, núm. 157, 1999.

- HEFETZ, A. y WARNER, M., "Privatization and its Reverse: Explaining the Dynamics of the Government Contracting Process", *Journal of Public Administration and Theory*, vol. 14, núm. 2.
- HYLTON, K. y KHANNA, V., "Toward an Economic Theory of Pro-Defendant Criminal Procedure", *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, Rev. Version of Discussion Paper, núm. 318, 2002.
- , "A Public Choice Theory of Criminal Procedure", *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, Rev. Version of Discussion Paper, núm. 382, 2005.
- KLEMPERER, P., "Auction Theory: A Guide to the Literature", *Journal of Economic Surveys*, vol. 13, núm. 3.
- KRITZER, H. y KRISHNAN, J., "Lawyers Seeking Clients, Clients Seeking Lawyers: Source of Contingency Fee Cases and their Implications for Case Handling", *Law & Policy*, vol. 21, núm. 4, 1999.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Civitas, 1996.
- NORTH, DOUGLASS, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- NÚÑEZ, J. y RIVERA, J., "Determinación del mecanismo óptimo de licitaciones asociado a la Defensoría Penal Pública", Santiago de Chile, Departamento de Economía-Universidad de Chile, 2000.
- , "Reforma procesal penal: implicancias, riesgos y ventajas de licitar servicios de defensa", *Revista Economía y Administración*, Santiago de Chile, 2002.
- , *Evaluación del sistema de licitaciones en las regiones Cuarta, Quinta, Sexta, Octava y Novena*, Santiago de Chile, Departamento de Economía-Universidad de Chile, 2004.
- *et al.*, "Determinantes socioeconómicos y demográficos del crimen en Chile. Evidencia desde un panel de datos de las regiones de Chile", *Estudios de Economía*, Santiago de Chile, núm. 30, 2003.
- POSNER, R., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- RHODY, R., "Acceso a la justicia: modelos de asistencia jurídica", en BIEBESHEIMER, Ch. y CORDOVEZ, C. (eds.), *La justicia más allá de nuestras fronteras: experiencias útiles para América Latina y El Caribe*, Washington D. C., Banco Interamericano de Desarrollo, 1999.

- SHAVELL, S., “The Social Versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System”, *Journal of Legal Studies*, Chicago, 11 (2), 1982.
- , “The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System”, *Journal of Legal Studies*, Chicago, 26 (2), 1997.
- SCHICK, A. (1998), “Why most Developing Countries Should not Try New Zealand’s Reforms”, *The World Bank Research Observer*, vol. 13, núm.1, 1998.
- SILVA CIMMA, E., *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, bienes y contratos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- STIGLITZ, J., *La economía del sector público*, Madrid, Bosch, 2002.
- VARGAS, Juan Enrique *et al.*, “El rol del Estado y el mercado en la justicia”, *Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie Seminarios*, Santiago de Chile, núm. 42, 2001.