

LOS ABOGADOS FRENTE AL RECURSO DE APELACION

Julio César Pérez Vargas
Abogado

I. INTRODUCCION.

Se viene debatiendo si los abogados, en representación de sus clientes, pueden interponer medios impugnativos. Más específicamente, si el abogado puede apelar con su sola firma o si requiere para ello, necesariamente, poder especial.

Las diferentes interpretaciones se originan en dos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Uno de estos artículos, el 290 (antes 295), dispone lo siguiente: «En los procesos, sin necesidad de la intervención de su cliente, el abogado puede presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial con arreglo a ley». El otro, el artículo 11 de la LOPJ, en su segundo párrafo dice: «La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable».

Existe una tesis que sostiene que el abogado no puede interponer un medio impugnativo sin intervención de su cliente. Esta opinión se sustenta en el antes mencionado artículo 11 de la LOPJ. Nosotros sostenemos la tesis contraria y pretendemos demostrar, a continuación, que el artículo 290 sí faculta al abogado a interponer los medios impugnativos por su patrocinado a su sola firma y sin su intervención.

II. ALCANCES Y LIMITES DE LA REPRESENTACION DEL ARTICULO 290 DE LA LOPJ.

1) Análisis de la legislación.

El artículo 290 de la LOPJ dispone un tipo especial

La puesta en vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que introdujo normas sobre la representación técnica del abogado, originó una polémica bastante interesante sobre la posibilidad de que el letrado interponga recursos sin la intervención de su cliente. El doctor Pérez Vargas, procesalista graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, aporta argumentos de innegable solvencia para sostener que la Ley Orgánica y el nuevo Código Procesal Civil efectivamente conceden al abogado dicha facultad. La aproximación al tema resulta también una oportunidad para que el autor analice la naturaleza jurídica de la representación y de los medios impugnativos.

de representación que confiere al abogado la facultad de actuar por su patrocinado ante los tribunales. Esta norma tiene por objeto que el abogado se conduzca en todos los actos del proceso de manera eficiente, sin la intervención de su patrocinado, salvo en los casos para los que se requiere poder especial.

Para determinar los alcances de esta norma, es necesario previamente definir el concepto de representación y precisar sus diferentes manifestaciones. Así, la representación suele ser entendida como la actuación que lleva a cabo una persona, llamada representante, en nombre de otra, llamada representada y cuyos efectos recaen directamente en la esfera jurídica de esta última¹. La doctrina distingue tres clases de representación: legal, voluntaria y judicial.

La representación legal es aquella conferida por la ley a determinadas personas «...que por una posición familiar o por un cargo u oficio actúan en nombre de otras...»². A decir de Diez Picazo, son poderes que «...nacen directamente de la ley y en los cuales es la ley quien los configura y quien determina su ámbito y su extensión»³.

La representación voluntaria, a diferencia de la legal, es aquella que tiene su base en la voluntad del representado, siendo éste quien delimita las facultades de su representante.

Por último, la representación judicial es aquella en la que el magistrado señala o designa al representante⁴. «Se trata de casos en que compete a la autoridad judicial la designación de la persona a quien, en determinadas situaciones, corresponde la representación de otra»⁵.

El artículo 290 contiene todos los elementos de la representación: 1) la actuación del abogado en nombre de su patrocinado, 2) los efectos del acto celebrado inciden en la esfera jurídica del justiciable y 3) existe una efectiva sustitución de voluntades. Así, podemos concluir que estamos ante un nuevo

caso de representación que, por ser otorgada por la ley, es calificada como legal.

La extensión de las facultades de esta representación se encuentra determinada por el propio artículo 290; en otras palabras, el contenido de este poder se encuentra predeterminado por la propia norma.

Así, tenemos que el artículo citado señala que el abogado puede presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos sin necesidad de la intervención de su cliente. Como se puede apreciar, este precepto engloba a todos los escritos sin hacer ninguna distinción. Por lo tanto, incluye a los escritos de mero trámite, a los recursos y quejas.

Esta norma, sin embargo, contiene dos límites:

El primero consiste en que el abogado no está autorizado, amparándose en la norma citada, para iniciar un proceso por cuenta de su cliente ni para realizar cualquier otro acto mientras no exista un proceso. Un proceso se inicia o existe cuando se da una relación jurídica procesal válida, y ésta aparece cuando el demandado ha ejercitado su derecho de defensa; o bien cuando, habiendo sido emplazado validamente, no ha contestado la demanda y se le ha declarado rebelde. Requiere, por ende, de la presencia de las partes y del juez.

El segundo límite consiste en que el abogado no puede realizar por cuenta de su cliente actos para los que requiera poder especial. Esta norma protege la disposición y la afectación del patrimonio del representado⁶.

En consecuencia, si el abogado puede actuar en el proceso por cuenta de su cliente, salvo en los actos en los que es necesario un poder especial, entonces la norma le reconoce al abogado las facultades generales del poder.

«Un poder general es, (...) aquel que faculta al representante para afectar con sus actos a la

¹ Vidal Ramírez, Fernando. *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil. Tomo IV. Compilación de Delia Revoredo Marsano. Okura Editores S.A. Año 1985. Página 282.*

² Lohmann Luca de Tena, Guillermo. *El Negocio Jurídico. Librería Studium. Año 1986. Pág. 128.*

³ Diez Picazo, Luis. *La Representación en el Derecho Privado. Editorial Civil S.A. Madrid, 1979. Pág. 132.*

⁴ Lohman Luca de Tena, Op. cit. Pág. 128.

⁵ Diez Picazo, Luis, Op. cit. Pág. 132.

⁶ Diez Picazo, Luis. Op. cit. Pág. 178 y 179.

totalidad de los bienes e intereses del principal o a un conjunto suficientemente amplio de los mismos...»⁷. El artículo 74 del Código Procesal Civil señala que las facultades generales confieren al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo para los casos que se requiere facultades expresas.

En tal sentido, para determinar si el abogado puede o no interponer un medio impugnativo sin el concurso de su cliente, solo es necesario averiguar si la ley exige un poder especial.

En nuestro derecho positivo hay varias normas referidas a la exigencia del poder especial. Específicamente, el artículo 75 del nuevo Código Procesal Civil señala los casos para los cuales son necesarias facultades especiales, tales como: la presentación de una demanda judicial, la reconvencción, la contestación de una demanda, el desistimiento del proceso y de la pretensión, allanarse, conciliar, transigir, sustituir o delegar la representación, entre otros; y, en ninguno de estos supuestos, se exige facultades especiales para interponer un medio impugnativo.

Los artículos 10, 310 y 415 del recientemente derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, también detallaban los casos para los que era necesario el poder especial y tampoco tenían la exigencia de facultades especiales para interponer recursos. Este cuerpo de leyes tiene particular importancia por cuanto fue bajo su vigencia que se suscitaron las dos diferentes interpretaciones anotadas y porque, además, la Quinta Disposición Transitoria del Código Procesal Civil ha dispuesto que los procesos iniciados antes de su vigencia continuaran su trámite según las normas procesales con las cuales se iniciaron.

Por su lado, el Código Civil en sus artículos 155, 167, 315 y 1058 alude a la exigencia de poder especial cuando el representante pretenda disponer o gravar los bienes de su representado, celebrar una transacción, un compromiso arbitral o cualquier acto para el que la ley expresamente disponga

tal requerimiento. En consecuencia, se debe contar con poder o facultades especiales cuando la norma así lo requiera.

Podemos concluir, por lo pronto, señalando que no existe norma en nuestro ordenamiento positivo que disponga la exigencia de un poder especial para la interposición de un medio impugnativo; ni tampoco, norma alguna que lo prohíba. Antes bien, existe el artículo 290 que expresamente le permite tal prerrogativa.

2. Doctrina.

Ahora bien, si todo lo anterior no fuera suficiente para concluir que la interposición de un medio impugnativo no requiere de poder especial, entonces será necesario acudir a la doctrina. La opinión del jurista mexicano Eduardo Pallares contribuye a aclarar esta interrogante. Al hablar de los principios generales de los recursos sostiene, textualmente, lo siguiente: «**La impugnación de una resolución judicial es acto de mera conservación y defensa y no de disposición de los derechos litigiosos, de lo que se sigue que el apoderado no necesita de poderes especiales para impugnar**» (el subrayado es nuestro)⁸.

En esta misma línea de pensamiento encontramos a Jorge Clariá Olmedo quien, al hablar de la impugnabilidad subjetiva, señala lo siguiente: «**Si al poder de impugnación lo consideramos en abstracto, desde un punto de vista subjetivo es dable afirmar que corresponde a todos los que se ubican en posición de parte en el proceso, teniendo en cuenta que el concepto de «parte» es asumido en el alcance formal (...); pero además debe darse a este concepto la amplitud necesaria para comprender a los representantes, mandatarios y defensores de los litigantes.**»⁹.

Enrique Véscovi, haciendo referencia a la representación en general, sostiene lo siguiente: «...el mandato judicial se rodea, por lo general, de más formalidades. En ese sentido, en la mayoría de nuestros países se exige la escritura pública (hecha

⁷ Díez Picazo, Luis. Op. cit. Pág. 174.

⁸ Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa S.A., México 1984, Décimo Sexta Edición. Punto 19. Pág. 686.

⁹ Clariá Olmedo, Jorge. Derecho Procesal. Tomo II. Estructura del Proceso. Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina. 1991. Pag. 281, 282 y 283. Es necesario precisar que Jorge Clariá Olmedo hace la distinción entre la impugnabilidad subjetiva y la impugnabilidad objetiva. La primera, referida a la persona que tiene capacidad para impugnar y la segunda, referida a los requisitos del acto para que pueda ser impugnado.

por notario). Y se establecen, generalmente, en los códigos procesales, algunos requisitos concernientes a la extensión del mandato que exigen una mención expresa en la propia escritura de constitución. Así, sin llegar a la exigencia de algunos códigos (los más antiguos del área) (...) en general se admite que el poder otorgado para un juicio lo es para todas sus incidencias, recursos y procesos conexos...»¹⁰. «Este formalismo tiende a decrecer. Así, en algunos países se admite el poder (al menos el especial para ciertos juicios) concedido por simple memorial ante el tribunal donde pende el proceso (Colombia). Por la simple firma del escrito por el abogado (con expresa declaración de conocimiento de la parte de lo que ello supone) que autoriza a realizar la mayoría de los actos (procuratorios) del proceso por aquél (Uruguay)»¹¹.

Las normas citadas, los conceptos vertidos y la opinión de la doctrina nos permiten concluir con absoluta claridad que la interposición de un medio impugnativo -entiéndase apelación- no requiere de facultades especiales.

III. INTERPRETACION SUSTENTADA EN EL ARTICULO 11 DE LA LOPJ.

En la introducción hemos sostenido que el artículo 290 de la LOPJ faculta al abogado a interponer un medio impugnativo sin la concurrencia de su patrocinado; vale decir que la norma le confiere la facultad de impugnación.

Existe, sin embargo, como ya se dijo, una opinión que niega esta posibilidad al abogado. Esta posición se basa, 1) en que el recurso es un acto voluntario (personalísimo) del justiciable, 2) en que la sentencia puede contener una parte adversa y otra favorable al cliente (en cuyo caso el abogado debe consultarle) y 3) por que su interposición genera una responsabilidad que requiere la intervención del patrocinado. El sustento normativo de esta tesis es el segundo párrafo del artículo 11 de la LOPJ.

Cuando este dispositivo señala que el recurso es un «acto voluntario» está indicando que éste se da

a pedido de parte; esto es, está haciendo referencia a uno de los elementos del recurso. Por ello, consideramos que esta expresión («acto voluntario del justiciable») no puede servir de argumento para negar la facultad de impugnación al abogado.

La respuesta y la solución a este aparente problema se encuentra en los propios elementos del medio impugnativo. Una revisión sucinta de ellos permitirá confirmar nuestra tesis, en el sentido que el abogado sí está facultado para interponer medios impugnativos.

1. Elementos de los medios impugnativos

La doctrina suele señalar como los elementos del recurso los siguientes: a) que surge a partir de un pedido de parte; b) que incide solamente en las resoluciones; c) que se puede recurrir en forma parcial o total de la resolución; d) que la resolución recurrida produzca agravio; e) que la resolución de la que se recurre contenga un vicio o error; y, f) que tenga por objeto anular o revocar la resolución

^{12 13 14}.

De estos elementos nos interesa los indicados con las letras a), c) y d). Su comprensión permitirá concluir que no son necesarias facultades especiales para interponer un medio impugnativo.

1.1. El recurso se da a pedido de parte.

Líneas arriba hemos señalado que la tesis según la cual el abogado requiere de poder especial para apelar se encuentra en el segundo párrafo del artículo 11 de la LOPJ. Este no exige poder especial, sino que se limita a señalar que la interposición de un medio de impugnación es un acto voluntario del justiciable. Este párrafo no tiene otro propósito que precisar el alcance del primer párrafo del mismo artículo, que reconoce que las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, en concordancia con la garantía constitucional de la instancia plural.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 11 declara

¹⁰ Vescovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1984. Pág. 227.

¹¹ Vescovi, Enrique. *Op. cit.* Pág. 227.

¹² Monroy Gálvez, Juan. *Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil*. Revista *Ius et Veritas*. Año III, N° 5. Pág. 22 y 23.

¹³ Parra Quijano, Jairo. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Parte General. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1992. Pág. 275 al 277.

¹⁴ Kielmanovich, Jorge L. *Recurso de apelación: Teoría y Práctica*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Año 1989. Pág. 19 y 20.

uno de los elementos del medio impugnativo, cuales, que éste sólo se da a pedido de parte (acto voluntario del justiciable) por lo que no procede de oficio, ni tampoco por un tercero ajeno a la relación jurídica procesal.

Si no interpretamos de esta forma el artículo 11 estaríamos frente a una norma de contenido meramente declarativo, ya que todos los actos procesales del justiciable son voluntarios y no únicamente los de impugnación. En efecto, la interposición de un medio de impugnación es un acto procesal y, por ende, supone la intervención de la voluntad. Si no hay voluntad, no hay acto jurídico procesal. Por ello es que, cuando dice que **es un acto voluntario del justiciable**, no se está agregando nada nuevo.

La comprensión de este elemento permite concluir que el segundo párrafo del artículo 11 de la LOPJ no puede considerarse como una de las razones para negarle al abogado la facultad de interponer por su patrocinado un medio impugnatorio. Si la intención del legislador fue, por la vía de este artículo, negarle al abogado tal facultad, creemos que el texto de la norma no conduce a ello. «Acto voluntario del justiciable» no es lo mismo que decir «acto personalísimo».

El ordenamiento en general exige, como se puede apreciar en las normas citadas, la presencia de poderes especiales cuando exista algún «acto de disposición» o «actos de riguroso dominio» o que pueda afectar la esfera del patrimonio del representado; pero, cuando se trata de un acto que tiene por objeto evitar la pérdida de un derecho no puede pedirse para ello la existencia de un poder especial.

1.2. «Donde no hay agravio no hay recurso».

Se dice también que el problema se torna complejo cuando una sentencia contiene una parte adversa y al mismo tiempo otra que le es beneficiosa. Se plantea entonces, la interrogante de si, en estos casos, el abogado debe o no consultar a su patrocinado. Esto tampoco puede servir de argumento para negarle al abogado la facultad de interponer un medio de impugnación a nombre de su patrocinado por lo siguiente: 1) porque una de las características de cualquier medio impugnatorio es que se puede impugnar parte de la resolución, y 2) que la impugnación sólo procede cuando la resolución

produce algún perjuicio. De allí el aforismo: «Donde no hay agravio no hay recurso». En conclusión, si el agravio es parcial entonces sólo procede la apelación respecto de la parte que es adversa.

Ahora bien, si se interpone apelación contra una resolución que favorece en parte al apelante sin que le conceda el íntegro de su pretensión, su interposición tampoco le perjudicaría porque existe la institución procesal denominada «Prohibición de la reforma en peor» o prohibición de la «reformatio in pejus» que normativamente ha sido recogida en el artículo 370 del Código Procesal Civil y que textualmente dice que «El juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido». Los recursos se otorgan en beneficio de quien los utiliza y no en su contra.

Ahora bien, existen en el artículo 370, citado, dos supuestos que de producirse hacen que el juez pueda «modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante»: La apelación o la adhesión de la otra parte. Analicemos cada uno de ellos.

Si la otra parte apela, entonces estamos ante una situación independiente del accionar del abogado que impugna una resolución a nombre de su cliente. Por esto, ambas conductas no originan por sí el perjuicio del apelante. Por el contrario, si la otra parte apela y no lo hace el abogado a nombre de su representando se podría ver éste perjudicado al no contar el juez con nuevos o mejores argumentos que podría haber expuesto el abogado en caso de haber impugnado, con lo que la impugnación del abogado no sólo no perjudicaría a su patrocinado sino que lo beneficiaría.

Si se da la adhesión podría argumentarse que, de no haber impugnado el abogado, la otra parte no se habría adherido y el juez (eventualmente) no hubiera podido «...modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante...». Contra esto debe tenerse presente que la adhesión al igual que cualquier impugnación debe ser, primero, fundamentada; y segundo, haberse producido para el adherente agravio o perjuicio con la resolución impugnada.¹⁵ Consecuentemente no toda adhesión será concedida sino solo cuando le produzca agravio al adherente.

Por último, si el acto de impugnación no benefi-

¹⁵ Artículo 367 del Código Procesal Civil, segundo párrafo: «La apelación o adhesión que no acompañen el recibo de la tasa, se interpongan fuera del plazo, no tengan fundamento o no precisen el agravio, serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes, según sea el caso.»

ciara al justiciable o éste estuviera satisfecho con la respuesta judicial, puede desistirse de él, con lo que cesaría el supuesto daño o molestia que le hubiera causado la conducta de su abogado.

IV. CONSIDERACIONES ADICIONALES.

1. Normativa.

No creemos que el artículo 11 de la LOPJ baste para sostener que el abogado requiere del concurso del patrocinado, cuando en el proceso penal, por ejemplo, se ha previsto expresamente lo contrario en concordancia con el artículo 290 de la LOPJ. En efecto, el inciso 10 del artículo 80 del Código Procesal Penal, que ha de entrar en vigencia próximamente, señala que los abogados gozan de todos los derechos para el ejercicio de su profesión y **especialmente para interponer recursos impugnatorios.**

2. Institución doctrinaria afín.

En la misma línea del artículo 290 tenemos la institución de la procuración o agencia oficiosa^{16 17}, que los romanos denominaban «cautio de rato et grato», mediante la cual se admite la intervención de una persona que, sin ser representante, puede realizar algunos actos necesarios y urgentes en nombre de terceros para evitar el daño que podría ocasionarle la no realización del acto procesal. Esta

institución se encuentra también recogida en el artículo 81 del nuevo Código Procesal Civil. En consecuencia, si la doctrina en general acepta que los terceros no legitimados intervengan en el proceso para evitar cualquier perjuicio, con mayor razón el abogado podrá apelar cuando el artículo 290 le reconoce tal facultad.

3. Opinión que coincide con nuestra tesis.

Como ya lo dijimos, el abogado puede apelar sin la intervención de su cliente. Esta tesis es compartida por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Dr. José Antonio Cáceres Ballón quien, en una entrevista aparecida el 17 de Agosto de 1993 en el diario oficial «El Peruano», ha sostenido lo siguiente: «El abogado puede interponer recursos mientras sea apoderado. La Ley Orgánica del Poder Judicial trae una innovación al respecto: el abogado sin necesidad de poder, está facultado para apelar, basta con que sea el abogado patrocinante.»

Más allá de la discusión teórica consideramos que la tesis prohibitiva marca un serio recorte en las facultades que la propia ley le otorga al abogado; y lo que resulta más grave, es que mediante esta interpretación se violaría la garantía de la instancia plural ya que cualquier sentencia, que es correctamente apelada, no podrá ser materia de revisión en una segunda instancia.

¹⁶. Alsina Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I. Pág. 523 y 524.

¹⁷. Vécovi Enrique, Teoría General del Proceso. Editorial Temis. Bogotá-Colombia. 1984. Pág. 230.

¹⁸. Monroy Cabra, Marco Gerardo. Principios de Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1988. Pág. 237.

DE LA JUSTICIA*

Ignacio Izquierdo Alcolea
Profesor de Derecho
Universidad Complutense

Don Ramón Serrano Suñer, jurista de reconocido prestigio, humanista de sólida cultura, de limpio y riguroso estilo, se ha ocupado recientemente, con manifiesta autoridad, de la Justicia y de su realización social¹. El objeto de su estudio es de los pocos que tienen validez permanente e interés para todos. Los grandes pensadores, teólogos, moralistas, filósofos, sociólogos y juristas, nos han ofrecido a lo largo de la historia el producto de sus reflexiones. Todos debemos meditar con frecuencia sobre lo que significa este valor eterno en la vida de los pueblos; hemos de procurar su realización, su actuación concreta, y que las relaciones humanas se desenvuelvan conforme a sus principios universales.

No es muy común que un tema correspondiente a la Deontología Forense resulte de tanta actualidad en nuestro país como el de la recta administración de justicia. Para el Dr. Izquierdo, la realización social de la justicia exige que la independencia del Poder Judicial, así como la plena libertad de los jueces y la exclusión de ingerencias de otros poderes en las decisiones de los Organos Jurisdiccionales, se encuentren plenamente garantizadas.

En momentos como el presente, cuando se cuestiona seriamente la legitimidad del Organismo Jurisdiccional, resulta interesante la lectura de un trabajo como el del profesor español Ignacio Izquierdo, que -tal como el lector podrá apreciar- es fruto de las reflexiones motivadas por un artículo publicado en una revista peruana.

Yo me permito escribir estas líneas para insistir en esta exigencia ética y social, con el fin de poner de relieve que es tarea de todos intentar que llegue a la comunidad política en que vivimos la importancia de la Justicia, sin la cual habrá inconexas agrupaciones humanas, gentes viviendo juntas en un mismo lugar, pero no pueblos solidarios y comunidades con intereses y anhelos colectivos; lo que es peor, pueden existir leyes, puede haber sometimiento a ellas mediante expedientes más o menos coercitivos, pero no se logrará la paz social indispensable para la ordenada convivencia.

Intimamente relacionado con este gran problema se halla el de la libertad de los Jueces y Magistrados para la aplicación de las normas jurídicas a los casos controvertidos que se someten a su decisión.

* Nuestro agradecimiento especial al Dr. Carlos Cárdenas Q. por alcanzarnos el presente artículo para su publicación.

¹ «De la justicia y su realización» En: El Jurista, Revista Peruana de Derecho, Nos. 7/8. Octubre - Noviembre, 1992, Págs. 87 a 93.

Ante todo, es preciso lograr la absoluta independencia del Poder Judicial; pero para que ésta sea efectiva, y no retórica o un mero deseo siempre aplazado, ha de ser plena; el Poder Judicial debe tener atribuciones legales suficientes para su propia organización y administración, incluso económica, sin ingerencias de los otros dos poderes; el legislativo ha de ser consciente de esta necesidad y arbitrar las reformas que conduzcan a satisfacerla, sin regateos improcedentes; y el Gobierno debe comprender la importancia de tal independencia para promoverla y facilitarla, de hecho, sabiendo que la mera proclamación es insuficiente, aunque sea muy reiterada, como lo es, y que debe convertir este anhelo en realidad incuestionable; mientras no se alcance esta tan deseada independencia, por mucha que sea la voluntad y el sacrificio de los Jueces, aunque individual y aisladamente sean capaces de mantener una voluntad deliberada de autonomía, siempre existirá una inevitable sumisión, aunque sea la estrictamente económica, que hará imposible el equilibrio y la igualdad que ha de existir entre los tres poderes clásicos.

Otra cosa será luego la de determinar el arbitrio que haya de darse a los Jueces para cumplir con la augusta función de administrar Justicia y de aplicar el Derecho, desde luego siempre sobre la base de la seguridad y de la certidumbre jurídicas como factores fundamentales.

Hay que advertir que el Derecho se realiza no sólo a través de los procesos judiciales, sino también y muy fundamentalmente, casi de forma exclusiva, por los mismos particulares que crean, desarrollan y cumplen las mismas relaciones jurídicas indispensables para la vida en común, para el intercambio de bienes y de servicios y para el normal aprovechamiento de las cosas. Sólo una mínima parte de esas relaciones han de ser definidas, delimitadas e impuestas por los Organismos que la sociedad misma a través del Estado ha instituido para el cumplimiento de sus fines primordiales propios.

Acaso pudiera decirse que la gran aspiración de los pueblos consiste en resolver sus problemas mediante la espontánea realización de los derechos y por el voluntario cumplimiento de las obligaciones correlativas, sin tener que acudir a los Tribunales de Justicia. Cuando se hace preciso y aun inevitable promover la controversia judicial es que se ha introducido la duda en el alcance de una norma de Derecho, en el contenido de un contrato o de un negocio jurídico, o que se ofrece resistencia al cumplimiento de las obligaciones. En uno y en otro caso puede decirse que se produce una alteración en el normal funcionamiento de los

expedientes ordinarios y naturales de la realización del Derecho. Entra entonces en juego el indispensable mecanismo ideado y establecido para dirimir vinculadamente las controversias para declarar e imponer el Derecho. Con esto, naturalmente, no se resta valor social y técnico a la Justicia como poder y como función, sino que se reconoce y se fortalece su importancia, creciente e indiscutible.

Siendo así la Justicia indispensable, no se concibe la sociedad sin unos Organismos encargados de realizarla mediante la aplicación del Derecho cuando éste no encuentra una actuación espontánea. Los Tribunales son la salvaguarda, la mejor garantía de la realización del Derecho y de la consecución de la paz social que de ella se deriva; interponen su autoridad cuando la duda, la incertidumbre, la falta de norma apropiada o la resistencia de los particulares se ofrecen como obstáculo para la realización espontánea del Derecho de que hemos hablado antes. Son también y sobre todo los celosos custodios del orden jurídico, que no ha de confundirse con el ordenamiento como sistema de normas; los encargados de revisar y, en su caso, de reducir la actuación de otros poderes, acaso inclinados por soberbia o por insolencia, cuando no por otros más bajos sentimientos, a la indeterminación de su potestad. El tradicional voluntarismo, proclamado con tanto rigor expresivo por Juvenal en la fórmula «*sic volo, sic jubeo; sit pro ratione voluntas*» -así lo quiero, así lo mando, éste mi voluntad sobre la misma razón-, no ha perdido por desgracia su vigencia, a pesar de los constantes llamamientos a la razón y al bien común, que han introducido criterios de saludable corrección al «lo que quiere el príncipe tiene fuerza de ley», tan recordado por los gobernantes.

Se ha insistido mucho por los políticos activos y ejercientes en la necesidad de consolidar la democracia, de fortalecer las instituciones que conducen a su definitivo establecimiento. Todos presumen de poseer la fórmula adecuada para conseguir tan laudable empeño; y sin embargo es curioso advertir que nadie alude a la Justicia como factor imprescindible para que la convivencia entre los hombres sea pacífica y noble y haga posible la solidaridad, la libertad y el respeto recíproco, mediante la tolerancia, desterrando la inc comprensión y el fanatismo excluyente.

No nos proponemos ahora hablar de la democracia, sino de la Justicia; pero quede ahí esta preocupación porque sea ésta la que presida e inspire todo movimiento democrático; y piénsese en la necesidad de que la política se asiente en la sin-

ceridad y en la verdad; porque, cuando éstas faltan, los pueblos se sienten colectivamente inclinados a exagerar lo que el político olvida, que no suele ser siempre lo mismo en todas las épocas. Es muy aleccionador pensar cómo los grandes movimientos culturales, religiosos, artísticos, políticos, etc., han surgido casi siempre de una reacción natural ante el exceso y refinamiento dialéctico de los que les han precedido, a través de la creación de un ambiente social de justificada protesta.

Se dice que fue Solón quien formuló una inmejo-

rable norma de conducta, que en su transcripción latina se conoce así: «de nihil nimis» - de nada demasiado -. He ahí un prudente principio que hace mejor nuestra vida social y moral. Pero en la observancia de la Justicia nunca hay excedo. La fe exagerada engendra los fanáticos; la esperanza sin límites, los ingenuos estériles; la prudencia excesiva, los indecisos y los timoratos. La Justicia permanente engendra hombres cada vez más justos caracterizados por aquella constante e invariable voluntad de que hablaba Ulpiano.

J. ANTONIO DEL POZO VALDEZ

ABOGADO - NOTARIO PUBLICO

HORARIO DE ATENCION

Invierno : 9:00 a.m. - 1:00 p.m.

2:00 p.m. - 5:30 p.m.

Verano : 8:30 a.m. - 12:30 p.m.

1:30 p.m. - 4:30 p.m.

**Begonias 656 Of. 29 "A" - San Isidro Telfs: 422120 - 408128 Fax: 427232
420181 - 412946**

EICA CONSULTORES S.A.

**INGENIERA DE PROYECTOS
FUNDADA EN 1969**

**ESTUDIOS, DISEÑO Y SUPERVISION DE
OBRAS, GERENCIA DE PROYECTOS**

Av. República de Chile N° 388
Lima 11 Perú

Tel.: 335524
Fax: (51-14) 332696

Ricardo Fernandini Barreda

Notario - Abogado

Las Begonias 441 Of. 401
San Isidro

Telfs. : 423718 • 424924
Fax : 411377

SISTEMA PENAL Y MINIMA INTERVENCION : DE UNA FUNCION SIMBOLICA A UNA FUNCION REAL

Dino Carlos Caro Coria
Bachiller en Derecho
Pontificia Universidad Católica

I. APUNTES PRELIMINARES.

Hace veinte años, la nueva ley sobre penalización del tráfico de heroína en el Estado de Nueva York, que entró en vigencia el 1o. de setiembre de 1973, imponía como pena máxima a la venta de una onza o cantidades mayores la cadena perpetua y era aplicable sólo a los mayores de diecisiete años.

Uno de los efectos previsibles y buscados con esa medida fue la caída en el número de vendedores y en la oferta de heroína, con el consiguiente aumento de los precios y dificultad de conseguir el producto. Todo ello se logró.

Pero se produjo también efectos indeseados. Las nuevas penas máximas eran iguales a las que podrían imponerse por homicidio a un agente de policía, de forma que la pena adicional -costo adicional- por matar a un policía era cero. De este modo, más traficantes comenzaron a usar armas, aumentando el número de homicidios. Además, como se había creado el incentivo, muchos traficantes comenzaron a usar a menores de edad -de catorce a dieciséis años- en la venta.

Muchos de estos efectos no deseados pudieron evitarse de haberse tenido en cuenta los posibles efectos sustitución de aquella medida, si se hubiese aplicado conceptos elementales de análisis económico del derecho.

El efecto sustitución consiste en el desplazamiento de los sujetos a actividades más provechosas -o menos costosas o donde los rendimientos sean mayores- como consecuencia de haber cambiado cualquier elemento relevante para su decisión. En política criminal, el cambio de alguna variable en una

Ante el ineficiente uso de los escasos recursos asignados al control penal, el presente artículo propone como alternativa la aplicación del modelo político-criminal de mínima intervención. Su planteamiento central, consiste en limitar la actividad punitiva del Estado a fin de dirigirla únicamente contra aquellas infracciones que generan un mayor costo social. De este modo, a juicio del autor, el sistema penal se acercará al cumplimiento de una función real: La reducción de los costos sociales del delito.

actividad puede tener consecuencias en otras actividades¹.

Ejemplos como el anteriormente descrito, revelan las múltiples aplicaciones que el análisis económico del derecho ofrece para la evaluación de las decisiones político-criminales².

La vieja melodía de la crisis fiscal de los Estados latinoamericanos y de los exiguos recursos destinados a la prevención y sanción de la delincuencia, origina un amasijo de problemas³ que hacen del sistema penal un medio de control social que opera alejándose flagrantemente de sus objetivos formales⁴, encubriendo un «discurso perverso»⁵.

El objetivo final de este trabajo es ofrecer una panorámica de cómo el análisis económico, encuentra en el modelo político criminal de mínima intervención, una alternativa eficiente al problema de la escasez de recursos estatales.

II. EL MODELO POLITICO CRIMINAL DE MINIMA INTERVENCION.

Este modelo propone reducir la intervención punitiva, limitándola sólo para las más graves infracciones contra los bienes jurídicos fundamentales. Una mejor comprensión de sus alcances implica revisar, aunque brevemente, los aportes de la criminología crítica.

1. Criminología crítica y deslegitimación del sistema penal.

Desde una perspectiva macrosociológica, la criminología crítica, a partir de la década de los 60', viene orientando su trabajo hacia la deslegitimación de los modelos político criminales aplicados por los Estados, develando su ineficiencia en el control de la criminalidad.

1.1 La criminología crítica.

Superando los modelos de la criminología positivista o del paradigma etiológico, y de la criminología liberal, el paso a la criminología «crítica», «moderna», o de la «reacción social» tuvo lugar sobre la base de las teorías de la criminalidad y de la reacción penal fundamentadas en el «labelling approach» y las teorías conflictuales⁶.

Desde un enfoque macrosociológico, la criminología crítica historiza la realidad de la conducta desviada y evidencia su relación funcional o disfuncional con las estructuras sociales, con el desarrollo de las relaciones de producción y de distribución⁷.

De este modo, el proceso de criminalización reproduce las desigualdades del sistema social, en concordancia con determinadas relaciones de poder. El poder para definir qué cosa es delito y qué

¹ Santos Pastor, Juan. Derecho penal. Política Criminal y Economía. Un Intento de Generalización. En: Estudios de Derecho Penal. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa. Madrid, Junio de 1986. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Pág. 539.

² Tal es el caso del problema de las penas pecuniarias y la compensación a las víctimas, la redistribución de recursos para minimizar el costo social de la criminalidad, el crimen organizado, la economía del sistema judicial, la política de control de drogas, la pena capital, entre otros. Cfr: Becker, Gary S. Crimen y Castigo: Un Enfoque Económico. Reproducción de Journal of Political Economy, marzo-abril de 1968. En: Microeconomía. Breit, William - Hochman, Harold. Ed. Interamericana. México, 1973. Traducido por Carlos A. Givogri. Cfr: Robert, Philippe. El Impacto Económico y Social del Fenómeno Criminal. En: Capítulo Criminológico. No. 5. 1977. Facultad de Derecho de Zulia. Venezuela.

³ Como el aumento de la «cifra negra» o criminalidad oculta, lentitud de los procesos, baja calidad del servicio público, corrupción de sus operadores, escasa accesibilidad de la ciudadanía. Algunos de estos problemas han sido materia de diversos estudios empíricos en nuestro medio, entre ellos destaca la investigación realizada por el Instituto APOYO entre marzo y mayo de 1993, por encargo de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos, cuyas conclusiones están resumidas en el informe titulado «Indicadores Estadísticos. Sistema Judicial», de mayo de este año.

⁴ Nos referimos a los fines de prevención -artículo 234 párrafo 2o. de la Constitución de 1979 y artículos I y IX del Título Preliminar del Código Penal- y de reparación a la víctima. Cfr. Yrigoyen Fajardo, Raquel. El Sentido (o sin sentido) del Sistema Penal. A Propósito de la Reforma Penal. En: VI Taller sobre Justicia y Derechos Humanos. Materiales de lectura. Comisión Episcopal de Acción Social. 1992. Pgs. 127 y ss., para quien la pena sólo cumple una función simbólica, deslegitimada y reproductora de desigualdades e injusticias.

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Un Discurso Perverso. En: No Hay Derecho. No. 2. Buenos Aires, 1991.

⁶ Baratta, Alessandro. Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico-Penal. 1a. ed. en español. Siglo XXI Editores. México, 1986. Pg. 165. Pavarini, Massimo. Control y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico. Siglo XXI Editores. México, 1983. Pg. 164.

⁷ Baratta. o.c. Pg. 166.

no, quién debe ser reprimido y quién no, está desigualmente distribuido; así como las posibilidades de ser etiquetado con el estatus de criminal, lo cual guarda «correspondencia con las relaciones desiguales de poder y propiedad en la sociedad»⁸. La criminalidad es un «bien negativo» distribuido desigualmente según la jerarquía de intereses fijada en el sistema socioeconómico, y según la desigualdad social entre los individuos.

Por ende, la criminología crítica centra su estudio en los mecanismos de control social insertos en los conflictos de poder y de intereses. Deviene en una teoría de la criminalización, es decir, del proceso de definición de lo que se entiende por delito, y de asignación de la etiqueta de criminal a determinados sujetos; es teoría crítica y sociológica del sistema penal, de sus agencias, su ideología y sus funciones.

De este modo, el objeto de análisis de la criminología crítica abarca los procesos de criminalización primaria -producción de normas-, criminalización secundaria -aplicación de normas por las agencias de control penal- y ejecución de las penas y medidas de seguridad.

1.2 Características y funciones del sistema penal.

Los estudios criminológico-críticos han puesto de relieve la «miseria del sistema de control penal», el cual ha sido caracterizado de modo genérico como sigue⁹ :

1.2.1 Es un modelo fragmentario.

Del conjunto de formas de violencia, el sistema penal sólo selecciona para efectos del control, básicamente las de carácter interpersonal, sin atender las de naturaleza estructural¹⁰.

Así por ejemplo, deja de lado el carácter desigual y conflictivo de las relaciones de clase, de género y étnico culturales; presupone una falsa igualdad y desatiende los conflictos y formas de violencia producidos por estos modos de relación social.

1.2.2 Efectismo.

El sistema penal no considera las causas de los problemas que pretende resolver, sólo toma en cuenta algunos aspectos de sus manifestaciones finales y externas en relación a actores individuales. Ello está evidenciado, por ejemplo, con la represión del terrorismo, el narcotráfico y el aborto.

1.2.3 Selectividad.

Manifestada en todos los procesos de criminalización, mediante una selección negativa incriminadora de los sujetos con menor poder en la sociedad, convirtiéndolos en «chivos expiatorios» del castigo estatal¹¹. Ello se aprecia, por ejemplo, a nivel de la criminalización primaria, con la incriminación de problemas sociales como la ocupación de terrenos para viviendas populares (delito de usurpación, artículo 202 del C.P.), o la venta ambulatoria (delito tributario, artículo 272 del C.P.).

Existe también una selección positiva que excluye a los poderosos del control punitivo. Varias investigaciones han evidenciado esto en los procesos de criminalización secundaria y de ejecución de la pena, así por ejemplo, todos los condenados de nivel socioeconómico alto y medio son favorecidos con la suspensión de la ejecución de la pena, quedando en libertad bajo reglas de conducta¹². Esto significa que la población penitenciaria nacional se compone exclusivamente por ciudadanos o «clientes» de nivel socioeconómico bajo y muy bajo.

Presenciamos un sistema penal que opera desigualmente, en contra de ciertas personas más que contra determinados actos¹³.

1.2.4 Excluye alternativas de solución real de los conflictos.

El modelo de «tutela penal» es incapaz de contemplar respuestas sociales y políticas que puedan resolver los problemas de fondo¹⁴.

⁸ Yrigoyen Fajardo, Raquel. Nociones básicas sobre criminología y sistema penal. En: Separata de criminología. No. 2. Comisión Episcopal de Acción Social. Diciembre de 1990. Pg. 5.

⁹ Cfr. Yrigoyen Fajardo, Raquel. Nociones básicas...Pgs. 6 y ss.

¹⁰ Baratta, Alessandro. o.c. Pg. 171.

¹¹ Baratta, Alessandro. o.c. Pgs. 171-175.

¹² Fuente: Apoyo, 1993.

¹³ Esto revela que al margen del discurso oficial, existe un práctica constitutiva de un «sistema penal de autor».

¹⁴ Yrigoyen Fajardo, Raquel. El sentido...Pg. 130.

Asimismo, al aceptar sólo la alternativa punitiva, excluye las posibilidades terapéuticas, conciliatorias y reparatorias¹⁵. No resuelve conflictos, y los agrava al expropiárselo a las partes, desprotegiendo a la víctima y victimizando al inculpa-

1.2.5 Incapacidad de prevenir el daño social.

Las investigaciones sociológicas han demostrado que las funciones instrumentales del sistema - teorías utilitarias de la pena: prevención general positiva y negativa, y prevención especial positiva y negativa-, no se verifican a nivel de la realidad social, y que por el contrario, han sido falseadas. El sistema no resocializa ni intimida, a cambio estigmatiza, creando carreras criminales en los prisionizados.

1.2.6 Incapacidad de proteger contra el daño social.

La ilusión de la tutela penal hace creer a la sociedad que con la sola tipificación delictiva, ésta se halla verdaderamente protegida. Así, el Estado y la Sociedad se eximen de una intervención realmente resolutoria en el plano político-social. Ello sólo da lugar a un reforzamiento ideológico de determinados valores, en quienes ya concuerdan con el sistema, cumpliendo una mera función simbólica, generadora de mayor indefensión ciudadana¹⁶.

1.2.7 Distorsión en la percepción del daño social.

Al hacer creer que sólo son relevantes los hechos que tipifica, marginando de su intervención verdaderas conductas lesivas de bienes jurídicos fundamentales, como el caso de las múltiples formas encubiertas de discriminación.

1.2.8 Intervención como agencia de violencia «legitimada».

La dañosidad del sistema penal puede ser directamente generada por sus agencias operativas (corrupción, abuso de autoridad, entre otros) o deriva-

da de la tipificación penal (mercados ilegales donde los consumidores devienen en víctimas : narcotráfico y aborto).

2. Modelos político-criminales alternativos.

Frente a la deslegitimación del sistema penal, se han consolidado tres tendencias en la discusión sobre el derecho penal y la política criminal al interior de la criminología crítica: el Neorrealismo de Izquierda, la Teoría del Derecho Penal Mínimo y el Abolicionismo¹⁷, todos caracterizados por el intento de superar las limitaciones del modelo objeto de la crítica.

2.1 El Neorrealismo de Izquierda.

Esta corriente toma su nombre de «realismo» para contraponerse al «idealismo» en que habría incurrido la criminología crítica. Se denomina «de izquierda» para distinguirse del movimiento «Realista de Derecha», que en Estados Unidos e Inglaterra, a principios de los 80, exigía mayor represión contra la clase obrera y las minorías étnicas. Los neorrealistas proponen «tomar en serio el delito». Para ello, la criminología debería regresar a ocuparse de la etiología del delito, dando prioridad a los estudios victimológicos. En el plano pragmático, proponen replantear la relación entre la sociedad y la policía y crear una organización de la comunidad con el objeto de contribuir al enfrentamiento del delito. Asimismo, proponen una línea reduccionista en la política criminal, consistente en descriminalizar ciertas conductas e incriminar otras.

2.2 El Derecho Penal Mínimo.

Se ha desarrollado básicamente en Europa del Sur y en América Latina, no siendo posible encontrar un único modelo de derecho penal mínimo. En su fundamentación se aprecian razones utilitarias¹⁸, su consideración como un programa hacia la abolición¹⁹ y su calificación como límite a la violencia punitiva, mientras exista²⁰.

¹⁵ Hulsman, Louk - Bernat de Celis, Jacqueline. Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa. 1a. ed. Ed. Ariel. Barcelona, 1984. Pgs. 88-90.

¹⁶ Hassemer, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En : Nuevo Foro Penal. No. 51. Ed. Temis. Bogotá, 1991. Pg. 17 y ss.

¹⁷ Martínez S, Mauricio. ¿Qué pasa en la criminología moderna?. 1a. ed. Ed. Temis. Bogotá, 1990. Pg. 1 y ss.

¹⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi. El derecho penal mínimo. Madrid 1986. Diritto e Ragione. Bari, 1989. Para este autor, el derecho penal mínimo cumple una función instrumental, es la «ley del más débil».

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Ed. Afa. Lima, 1989.

²⁰ Cfr. Baratta, Alessandro. o.c. Pgs. 223-241. Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal. En : Nuevo Foro Penal. No. 34. Ed. Temis. Bogotá, 1986. Pg. 421 y ss.

La característica central de estas propuestas radica en el reconocimiento de algunas funciones del sistema penal, que ante el fracaso de las formas de control social «extrapenales», se convierte en la «ultima ratio» o última instancia del control formal.

2.3 El Abolicionismo del Derecho Penal.

Esta corriente, desarrollada principalmente en el norte de Europa, considera que el control penal ha fracasado en todos sus niveles, por lo que propone abolir las cárceles y el derecho penal y sustituir dichos instrumentos con intervenciones comunitarias e institucionales alternativas²¹.

Una de las diversas tendencias que en su interior se ha desarrollado, fundamenta la abolición en rigorismos morales que rechazan el sufrimiento de la pena²². Otra tendencia rechaza la intervención del Estado y la colonización ejercida por el derecho penal, reivindicando los valores de las sociedades primitivas que privilegian las soluciones privadas²³.

Por último, también se ha fundamentado la abolición, desde un análisis materialista de la sociedad, en el ámbito de las acciones políticas de las clases subalternas²⁴.

3. Toma de posición : La Opción del Derecho Penal Mínimo.

La vuelta hacia el paradigma etiológico²⁵ por parte del Neorrealismo de Izquierda, entre otras razones, niega la viabilidad de esta propuesta en la construcción de un modelo garantista.

A su vez, la creencia ciudadana en la función de la cárcel y del sistema penal²⁶, impide la ejecución de la propuesta abolicionista²⁷ en el corto plazo²⁸, reforzando el simbolismo y el «status quo».

Tal como ha señalado una criminóloga nacional, «no podemos obviar la existencia actual del sistema penal y, sin relegitarlo, creemos que se trata de usar «alternativamente» las herramientas que brinda el Derecho Penal garantista, para reducir la violencia del propio sistema»²⁹.

Consideramos que ello puede lograrse a través de los postulados del Derecho Penal mínimo, como propuesta racionalizadora de la violencia punitiva del Estado que, mediante el favorecimiento de los mecanismos de control extra-penales en la solución de los conflictos, reserva la intervención penal para las más graves infracciones contra los bienes jurídicos esenciales.

III. EL APORTE DEL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO.

Desde hace un tiempo, en nuestro país se están desarrollando algunas reflexiones de tono crítico y enriquecedor sobre el rol del análisis económico del Derecho³⁰. Desde este punto de vista es posible reforzar nuestra posición favorable a una política reduccionista del control penal o de mínima intervención.

1. ¿Qué es el Análisis Económico del Derecho?

Como destacan sus seguidores, este análisis opera

²¹ Para una visión general cfr. Foucault, Michael. Vigilar y castigar. 16a. ed. Ed. Siglo XXI. México, 1989.

²² Christie, Nils. Los límites del dolor. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1984.

²³ Hulsman. o.c.

²⁴ Mathiesen, Thomas. The politics of abolition. En : Contemporary Crisis. No. 10. Pgs. 371-421.

²⁵ Que fundamenta el modelo positivista deslegitimado por la criminología crítica.

²⁶ Aunque sea como medio de venganza privada o de retribución.

²⁷ Nos basta esta razón de carácter pragmático, por lo que hemos preferido no abordar los problemas filosóficos, sociológicos y políticos que subyacen a esta discusión.

²⁸ Dicha creencia ciudadana se evidencia en debates como el generado tras la vigencia del D.S. 017-90-JUS, que autorizaba al Poder Ejecutivo a indultar a los procesados encarcelados. Opinión bastante generalizada era la de aquellos que afirmaban que la excarcelación propuesta iba a traer como consecuencia inevitable un gran aumento en los índices de la delincuencia (Cfr. los diarios «La República» y «El Comercio» de la época), por lo que se generó un clima de inseguridad ante esta fórmula despenalizadora. Como podrá también recordarse, nada de lo afirmado sucedió.

La opinión pública favorable a la cadena perpetua y a la pena de muerte para los casos de terrorismo, es también ejemplo de la sensación de seguridad ciudadana generada por el sistema penal.

²⁹ Yrigoyen Fajardo, Raquel. El sentido...Pg. 136.

³⁰ Los trabajos de los profesores Alfredo Bullard González y Alejandro Falla Jara evidencian esta afirmación.

mediante la aplicación del método de razonamiento económico al Derecho, sin intentar reemplazar el raciocinio jurídico tradicional, sino complementándolo mediante el uso de una perspectiva distinta³¹, a partir de la cual pueden hallarse nuevas soluciones e interpretaciones.

La Economía es una ciencia que estudia las decisiones racionales en un mundo en el que los recursos son escasos frente a las necesidades humanas que tiene que satisfacer. De esta manera, la idea es determinar cómo tomar decisiones racionales que permitan un aprovechamiento eficiente de los recursos existentes. La búsqueda de la eficiencia es el norte del método económico, es el objetivo de maximización de los beneficios totales de una situación y la minimización de los costos totales de la misma³².

De este modo, el Derecho enfrenta el mismo problema que la Economía: cómo asignar los recursos escasos³³. Por ende, el análisis económico del Derecho intenta abordar todo tipo de situaciones en que hay recursos escasos -cualquiera que sea su naturaleza- susceptibles de dedicación a usos alternativos. En el mundo del Derecho, y del Derecho Penal en particular, este tipo de situaciones son constantes³⁴.

³¹ Bullard González, Alfredo. «Al fondo hay sitio». ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?. En: *Thémis. Revista de Derecho*. No. 21. Segunda Época. Lima, 1992. Pg. 93. Santos Pastor, Juan. Una introducción al análisis económico del Derecho. En: *Hacienda Pública Española*. No. 89. 1984. Pgs. 153 y ss.

³² Polinsky, A. Mitchell. Introducción al análisis económico del Derecho. Pg. 19. Señala que una situación se ajusta a la eficiencia o a la optimalidad de Pareto si no existe ningún cambio posible de esa situación que pueda mejorar la situación de alguien sin empeorar al mismo tiempo la de otro.

Por otro lado, el concepto de eficiencia normalmente se ha entendido en contraposición a los objetivos redistributivos, de equidad o de «justicia», lo que ha llevado a calificar al análisis económico del Derecho como deshumanizante, al reemplazar el concepto de justicia por el de eficiencia. No obstante, ello es inexacto, toda vez que el concepto de eficiencia contiene una serie de valores expresados en el objetivo de evitar el desperdicio en un mundo donde los recursos son escasos. Cfr. Bullard G., Alfredo. «Al fondo hay sitio». Pgs. 94 y 100, citando el conocido texto de Guido Calabresi: «First Party, Third Party, and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?».

³³ Bullard G., Alfredo. «Al fondo hay sitio». Pg. 94.

³⁴ Santos Pastor, Juan. *Derecho penal...* Pg. 526.

³⁵ A fin de que el lector no se sienta contrariado por la aparente novedad de un «marco económico» para el comportamiento ilegal, permitásenos recordar que dos importantes autores sobre criminología de los siglos XVIII y XIX, Beccaria y Bentham, aplicaron en forma explícita el cálculo económico. Cfr. Becker, Gary S. o.c. Pg. 297. Bentham, Jeremy. *Theory of legislation*. Harcourt Brace Co. Nueva York, 1931.

³⁶ Cfr. López-Rey y Arrojo, Manuel. *Compendio de criminología y política criminal*. Ed. Tecnos. Madrid, 1985. Pgs. 161-163. Este autor señala, por ejemplo, que este análisis es aceptable como medio para lograr una justicia penal más eficaz, justa, rápida y al menor costo en tiempo, esfuerzo y dinero. Asimismo, indica que actualmente, el crecimiento rápido de la criminalidad y la necesidad de allegar medios para reducirla a límites tolerables y con ello aumentar la seguridad internacional y nacional hace más necesario que antes el uso del análisis de costo.

Por otro lado, J.P. Martín señala que el Sistema Penal se ha limitado a observar un papel marginal en los esfuerzos del desarrollo, y que últimamente ha surgido un nuevo punto de vista que toma en consideración las consecuencias económicas y sociales del delito, enfoque que podría revolucionar los criterios para la prevención y control del delito y despertar la conciencia del público y del gobierno en el sentido de que los esfuerzos para combatirlo exigen un criterio integrado con las estrategias nacionales del desarrollo económico y social.

³⁷ Cfr. Becker, Gary S. o.c. Pg. 273., para quien este descuido quizá provenga de creer que la actividad ilegal es demasiado inmoral para merecer atención científica sistemática.

La aplicación del análisis económico del Derecho a la evaluación de los problemas político criminales ha dejado de ser una novedad³⁵ si se tiene en consideración que desde el Quinto Congreso de Naciones Unidas sobre las «Consecuencias Económicas y Sociales del Delito», realizado en septiembre de 1975, esta perspectiva viene cobrando particular relevancia, lo cual ha sido destacado favorablemente por los criminólogos modernos³⁶.

2. El costo social del delito.

2.1 ¿El crimen paga?

Considerado ampliamente, el «crimen» es una actividad o «industria» económicamente importante, no obstante su casi total desprecio por los economistas³⁷.

El crimen como manifestación social genera múltiples problemas individuales y colectivos que necesariamente se proyectan a nivel económico y se traducen en un enorme gasto para la economía del Estado. El costo del crimen equivale, en síntesis, a los daños, gastos y pérdidas para las personas naturales o jurídicas y el Estado, que el delito genera y se promueven a partir de su real o potencial existencia. En tal sentido, el concepto de costo del

crimen no debe ser confundido con el costo del sistema de justicia penal, el primero es mucho más amplio³⁸.

Ese creciente costo, desde el punto de vista económico del delito, en todos los países parece estar acompañado por un incremento cada vez mayor de la criminalidad, circunstancia que ha sensibilizado a amplios sectores sociales que han tornado la mirada hacia la descriminalización de cierto tipo de delitos que sólo abultan los códigos y congestionan el sistema penal. De este modo, desde un enfoque pragmático, actualmente se viene estudiando los procesos de descriminalización con la esperanza de minimizar el alto costo económico del delito³⁹.

2.2 Esquemas planteados para estimar el costo del delito.

Se han ensayado múltiples esquemas tentativos a fin de estimar el costo del delito⁴⁰. Así, por ejemplo, uno de los más destacados es el propuesto por J.P. Martin quien clasifica los costos del delito en :

- i. Costos económicos directos, indirectos y pérdidas preferentes causadas por el delito, el cual incluye conceptos similares a los de daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona.
- ii. Costos de las medidas de prevención y seguridad en instituciones públicas y empresas privadas , los gastos de seguros y la pérdida de la remuneración de los delincuentes internados y de las víctimas incapacitadas.

³⁸ Cervini, Raúl. o.c. Pgs. 173-175.

³⁹ Cervini, Raúl. o.c. Pgs. 174-175.

⁴⁰ Cfr. el esquema original de J.P. Martin y los esquemas de Szabo y Rico descritos por Aniyar de Castro, Lola. Criminología de la reacción social. Maracaibo, 1977. Pgs. 57-58. Cfr. también los esquemas de Robert, Philippe. o.c. Quiroz Cuarón, Alfonso. El costo social del delito. Ed. Botas. México. Y el de Martin, J.P. El costo del delito. Algunos problemas de investigación. En : Revista Internacional de Política Criminal. Naciones Unidas. No. 23. 1965. Pgs. 59-66, esquema complementado en 1973 según precisa Cervini, Raúl. o.c. Pgs. 177-179.

⁴¹ Cfr. Hassemmer, Winfried - Muñoz Conde, Francisco. Introducción a la criminología y al derecho penal. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1989. Pg. 46 y ss. Cervini, Raúl. o.c. Pg. 179. Cfr. Datos de Apoyo, 1993, o.c.

⁴² Como efectivamente sucede con el terrorismo por ejemplo. Cfr. Cabello Arce, Juan José - García Belaunde Saldías, Diego. El terrorismo en el contexto actual. En : Ius Et Veritas. No 5, 1992. Pg. 113 y ss. El terrorismo generó hasta 1992 un costo social de 24,517 muertos entre miembros de las fuerzas del orden, civiles, presuntos subversivos y narcotraficantes (Fuente : Perú Paz), dato que no incluye las ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas que engrosan la «cifra negra» . Asimismo, el costo económico generado hasta agosto de 1992 ha sido valorizado preliminarmente en US\$ 20'502,380 (Fuente : Comisión Especial e Instituto Constitución y Sociedad), a lo que se agrega una importante retracción en la inversión interna y externa en la economía nacional, con el deterioro progresivo del nivel de vida promedio.

⁴³ Como sucede con el narcotráfico y los delitos contra el ambiente. Cfr. Nadelmann, Ethan A. Pensando seriamente en alternativas a la prohibición de las drogas. En : Conferencia Internacional «Drogas y Narcotráfico : Propuestas desde la Región Andina». Materiales de lectura. Lima, julio de 1993. Pg. 1 y ss. Cfr. Remy, Paul. Empresa y medio ambiente. Una aproximación necesaria. En : Apuntes. No 28. Universidad del Pacífico. Lima, 1991. Pg. 45 y ss.

iii. Costo que representa para las instituciones de protección social la necesidad de prestar ayuda a las familias de los presos y las víctimas.

iv. Costo para las finanzas públicas o costo público, que incluye los gastos para la ejecución de la ley, la administración de justicia y el tratamiento de los delincuentes.

Ahora bien, no obstante los esquemas propuestos para la evaluación del costo del delito, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

i. Dicha evaluación sólo ofrecerá cifras relativas, ya que no puede dejarse de lado el impacto de la gran extensión de la «cifra negra de la criminalidad» o delincuencia oculta, dado que los delitos conocidos oficialmente representan sólo un porcentaje insignificante del total que significa la valoración completa del costo de la delincuencia real para un país. Esto quiere decir que más allá de toda magnitud calculable, existe otro costo oculto, debido a los delitos desconocidos y conocidos no denunciados, que constituyen una fuerza debilitadora de la economía⁴¹.

ii. Generalmente el delito ha sido visto como un hecho social que sólo genera costos⁴², sin considerarse que existen formas delictivas productivas en términos económicos⁴³.

iii. Desde un punto de vista estrictamente económico, una vez consumado un delito, la pérdida social resulta irreparable, por lo que el problema ge-

nerado no debe ser evaluado a nivel interindividual -autor y víctima-, sino en el sentido de evitar o prevenir la comisión de futuros delitos⁴⁴.

iv. Como es evidente, el costo del delito no se agota en el concepto de costo del sistema penal⁴⁵. Tener claridad sobre ello resulta importante toda vez que el costo del sistema penal debe justificarse racionalmente, en la medida que constituye un gasto que se suma a la pérdida social derivada de la consumación de un delito⁴⁶.

3. El impacto del delito y la desviación irracional de recursos.

3.1 Escasez e ineficiente asignación.

Teóricamente todos los delincuentes podrían ser detenidos y castigados si se dedicaran los recursos necesarios para ello. Pero hacer esto no implicaría normalmente un empleo adecuado de los recursos disponibles, dado que éstos son susceptibles de utilización en usos más rentables para la sociedad⁴⁷.

En la realidad de los países latinoamericanos, resulta obvio que la sólo puesta en marcha de todo el aparato de justicia penal importa un desembolso económico considerable que se convierte en un obstáculo a otras realizaciones sociales. No obstante, lo que es más grave, se tiene la convicción de que las técnicas y métodos utilizados no solucionan los problemas, sino que los agravan⁴⁸, tal como lo ha evidenciado la criminología crítica a través de su discurso deslegitimador.

La escasez de recursos y su ineficiente asignación

hacen que la justicia penal se asemeje a una central telefónica con capacidad limitada para emitir mensajes, de manera tal que, a pesar de recibir todos los reclamos o pedidos de llamada, sólo comunica a la cantidad que posibilita la saturación de su mecanismo. Así, la justicia penal sólo soluciona aquellos casos que, conforme al sistema de procesamiento y a los recursos humanos y materiales con los que cuenta, permite el sistema. Lo curioso es que, como han puesto de relieve los criminólogos, el sistema penal, comprendida su realización práctica, está dominado por cierta inercia que elige los casos más sencillos y los autores más desprotegidos⁴⁹.

De este modo, los escasos recursos estatales destinados al control penal son utilizados irracionalmente para activar un sistema que en contra de su discurso oficial⁵⁰, opera clientelistamente, de modo selectivo, marginalizante, estigmatizante y condicionante, reproduciendo los esquemas de desigualdad e injusticia social, cumpliendo una función simbólica e irreal que refuerza el «statu quo».

3.2 Algunos indicadores.

Ultimamente varios trabajos empíricos han evidenciado la escasez de recursos y su ineficiente uso en el control penal, y proponen desde una visión de análisis económico una reasignación de los mismos a fin de perseguir sólo las más graves infracciones contra los bienes jurídicos esenciales. Revisemos algunos de estos datos.

3.2.1 Ministerio Público⁵¹.

Se ha demostrado que el volumen de trabajo ficto

⁴⁴ Cfr. Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. Little, Brown & Company. 1986.

⁴⁵ Cfr. Calabressi, Guido. *El costo de los accidentes*. Ed. Ariel. Es lo que el denomina, en el sistema de responsabilidad civil extracontractual, los «costos administrativos o terciarios», en contraposición a los «costos primarios» o de prevención y a los «costos secundarios» o costo resultante de los accidentes.

⁴⁶ Como se afirma para el sistema de responsabilidad civil extracontractual, la regla consiste en que «el daño queda donde se produjo, salvo que exista una buena razón para trasladarlo». Cfr. Bullard G., Alfredo. *Que Dios se lo pague*. En: *Diario «El Peruano»*. 1992. Este criterio aplicado al sistema de responsabilidad penal puede enunciarse diciendo que: «el delito queda donde se produjo, salvo que exista una buena razón para reprimirlo», dicha razón puede fundamentarse en objetivos de eficiencia y/o de equidad como lo son la reparación a la víctima, la prevención de futuros delitos, etc.

⁴⁷ Santos Pastor, Juan. *Derecho penal...* Pg. 531. La idea de destinar todos los recursos disponibles a la persecución penal es impensable, dado que generaría un «costo de oportunidad» bastante elevado, privándose a la sociedad de la satisfacción de sus necesidades básicas, a cambio de una especie de «Estado Policía», sin delincuencia.

⁴⁸ Cervini, Raúl. o.c. Pg. 180 y ss.

⁴⁹ Maier, Julio B.J. *La reforma del proceso en el marco del sistema penal*. En: *Cuadernos de la Cárcel*. Ed. especial de derecho penal y criminología de la Revista «No Hay Derecho». Buenos Aires, 1991. Pg. 19 y ss.

⁵⁰ Los objetivos declarados oficialmente son principalmente los de prevención y reparación a la víctima, sobre la base de una actuación igualitaria del sistema. Cfr. nota 4.

⁵¹ Fuente: Apoyo, 1993.

o abstracto del Ministerio Público en el distrito judicial de Lima (determinado por el cociente resultante de dividir el número de habitantes por el número de Fiscalías competentes en dicho distrito) se incrementó porcentualmente en 11.6 % en el periodo 87-91.

Este incremento en la carga ficta se explica por el aumento poblacional en el distrito judicial de Lima, no acompañado de un incremento porcentual de la capacidad funcional del Ministerio Público, a fin de solventar el aumento de demanda abstracta de administración de justicia. Mientras que dicha demanda viene aumentando, la capacidad funcional se ha mantenido constante.

Por otro lado, la carga de trabajo real o concreta del Ministerio Público (conformada por el total de denuncias tramitadas) se incrementó porcentualmente en 76.6 % en el período 87-91.

Como es evidente, el incremento porcentual de la carga real es producto del aumento del número de denuncias que no es acompañado de un incremento porcentual de la capacidad funcional del Ministerio Público, a fin de solventar el aumento de demanda real de administración de justicia.

Estos datos demuestran un notable incremento, en el período 87-91, en la carga de trabajo abstracta (11.6 %) y real (76.6 %) del Ministerio Público. Esta disociación entre la demanda ciudadana de administración de Justicia y la capacidad funcional de la institución tiene consecuencias de carácter cuantitativo (incremento en la duración de los procedimientos) y cualitativo (investigaciones superficiales, dictámenes indebidamente fundamentados, y aumento de la criminalidad oculta)⁵². Esto mismo sucede en la instancia judicial.

Ahora bien, en cuanto a la incidencia delictiva, en el año judicial de 1987, se recibieron 18,479 denuncias, de las cuales el mayor índice correspondió a los delitos contra el patrimonio, con una tasa del 53.3 % (9,847); en segundo lugar los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud tuvieron una tasa del 22.2 % (4,100); en el tercer lugar se ubicaron los delitos contra la libertad (que incluye los llamados delitos contra las buenas costumbres, hoy denominados contra la libertad sexual) con una tasa del 7.4 % (1,361); el cuarto lugar corresponde a delitos

contra la administración pública con una tasa del 3.6 % (673); en quinto lugar los delitos contra la familia con una tasa del 3.1 % (581).

A su vez, en el año judicial de 1991, la incidencia más alta corresponde a los delitos contra el patrimonio con una tasa del 50.1 %. (16,349); el segundo lugar lo ocupan los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud con una tasa del 17.7 % (5,780); en tercer término se ubican los delitos contra la libertad con una tasa del 8.2 % (2,704); en cuarto lugar los delitos contra la administración pública con una tasa del 5.6 % (1,836); y en quinta ubicación los delitos de tráfico de drogas con una tasa del 4.9 % (1590).

Como puede advertirse, el escaso número de denuncias por delitos económicos, tributarios y tráfico de drogas, entre otros, no equivale necesariamente a la inexistencia de estos delitos, siendo presumible la presencia de niveles importantes de criminalidad oculta. La importancia de prevenir y sancionar estos delitos radicaría en el alto costo social que generan.

La existencia de esta criminalidad oculta puede obedecer a los altos costos de información que implica para el Estado detectar cada delito, individualizar a sus autores, perseguirlos y sancionarlos. Estos costos de información se verían incrementados por variables reales como el caso de la corrupción. Asimismo, las posibilidades de superarlos quedan aún más disminuidas ante la escasez de recursos estatales y su deficiente asignación, que incluye la persecución de delitos con menor costo social, como es el caso de los delitos contra el honor, contra la intimidad, contra la familia, entre otros.

3.2.2 Poder Judicial⁵³.

La carga ficta durante el año judicial de 1987 por Juez Penal fue la correspondiente a 111,421 habitantes, mientras que durante 1991 fue la referente a 126,596 habitantes. Esto significa que la carga ficta se incrementó porcentualmente en 11.6 % en el período 87-91.

La carga real en el año judicial de 1991, para los 47 Juzgados, fue de 22,335 denuncias, es decir que se recibieron, en promedio, 61 denuncias al día y cada Juez conoció un promedio de 475 denuncias en dicho año.

⁵² En un modelo de sistema penal eficiente, la capacidad funcional del Ministerio Público debe estar equilibrada con la demanda ciudadana de administración de justicia. Como resulta evidente, por la concurrencia de múltiples variables que determinan la disociación anteriormente apuntada, el equilibrio ideal señalado no se lograría, tan sólo, aumentando el número de Fiscalías Penales.

⁵³ Fuente: Apoyo, 1993.

A pesar de no existir indicadores disponibles sobre la carga real en los años anteriores, es presumible que se haya incrementado en los últimos años, sobre todo si se tiene en cuenta que la carga real de trabajo del Ministerio Público aumentó en 76.6 % entre 1987 y 1991, y que el número de Juzgados no ha aumentado en los últimos 8 años.

Este aumento del volumen de trabajo trae consigo, entre otras consecuencias, la mayor duración de los procedimientos, la que en los procedimientos sumarios se calcula en 3 años, 4 meses y 15 días (1a y 2a instancia), mientras que en los ordinarios es de 2 años, 7 meses y 15 días sólo hasta la sentencia de primera instancia. Esto cobra particular relevancia si se tiene en consideración que el 50.9 % de procesos concluyen al haber operado la prescripción de la acción penal.

De las denuncias recibidas en el año judicial de 1991, el mayor índice correspondió a los delitos contra el patrimonio, con una tasa del 49.5 % ; en segundo lugar los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud tuvieron una tasa del 15.6 % ; en el tercer lugar se ubicaron los delitos de tráfico de drogas con una tasa de 6.3 %, en cuarto lugar los delitos contra el honor, con una tasa de 6.2 % y en quinto lugar los delitos contra la libertad (que incluye los llamados delitos contra las buenas costumbres, hoy denominados contra la libertad sexual) con una tasa del 5.6 % . Esto revela nuevamente la existencia de una cifra negra de criminalidad.

Por último, en cuanto a la finalización del procedimiento, el 20.6% concluyen con el sobreseimiento de la causa, el 7.3% con sentencia absolutoria, el 6.1% mediante una excepción de naturaleza de acción y el 14% con sentencia condenatoria. De estas últimas, sólo en el 33 % de los casos se ordenaba la ejecución efectiva de la pena en una cárcel, siendo que «casualmente» dicho porcentaje se componía exclusivamente por ciudadanos de nivel socioeconómico bajo y muy bajo, condenados por delitos de incumplimiento de obligación alimentaria, hurtos, etc. Esto evidencia una vez más el carácter selectivo del sistema penal.

4. El delito y el objetivo de eficiencia.

Frente al problema descrito, la perspectiva de la eficiencia recomienda la reducción de los costos sociales generados por la actividad delictiva. Ello

puede lograrse mediante una reasignación de los recursos escasos destinados al control penal.

No obstante la generalidad de este enunciado, podemos encontrar algunas pistas en el modelo del sistema de responsabilidad civil extracontractual⁵⁴. De este modo, es posible centralizar el objetivo de eficiencia en la búsqueda de la minimización de tres tipos de costos:

- i. Los costos de prevención.
- ii. Los costos derivados de la comisión efectiva de los delitos.
- iii. Los costos del sistema penal.

Una eficiente reasignación de los recursos existentes puede acercarnos a dicho objetivo, en cuyo caso, el sistema punitivo desarrollará funciones reales ajenas al simbolismo.

5. Propositiones básicas sobre la conducta delictiva.

Una de las ideas básicas del análisis económico del derecho consiste en calificar a los individuos como sujetos «racionales», que intentan ampliar al máximo su bienestar dentro de las limitaciones en que se mueven: limitaciones de información, conflicto con otros valores, etc. Dicha racionalidad los lleva a actuar de modo distinto en función de los estímulos o incentivos presentes en cada caso, los cuales pueden ser modificados por la política jurídica⁵⁵.

Ahora bien, ello significa que los individuos delinquen porque consideran que los beneficios -monetarios o no- obtenidos de su comisión son mayores que los costos -sean o no dinerarios- que les acarrearía no hacerlo. Sin embargo, esto no quiere decir que en cada acto ilícito los individuos sopesen detalladamente todas las consecuencias, sino que el ánimo que los ha determinado, conciente o inconcientemente, es la sensación de que cometerlo es mejor que no hacerlo.

Se ha sostenido que, a primera vista, uno puede pensar que lo anterior es decir poco, pero que lo interesante sería que con tan poco se puede llegar a una serie de hipótesis y contrastaciones de gran valor explicativo y predictivo, decisivas por tanto para la política criminal. En tal sentido se ha seña-

⁵⁴ Cfr. Torres López, Juan. *Análisis económico del Derecho*. Ed. Ariel. Pg. 60 y ss. Calabresi, Guido. o.c.

⁵⁵ Santos Pastor, Juan. *Derecho penal...* Pg. 526.

lado que de la consideración de los sujetos como individuos racionales, se derivan tres proposiciones básicas sobre el comportamiento delictivo⁵⁶:

- i. El castigo tiene efectos disuasorios.
- ii. Delinquir es «rentable» para quien lo hace.
- iii. Las «condiciones económicas» son un determinante fundamental de la cantidad de criminalidad existente.

Para efectos de nuestro análisis nos importa desarrollar la primera, por considerar que a partir de ella podemos encontrar algunos criterios que permiten una eficiente reasignación de los recursos a fin de disminuir el costo social del delito.

6. ¿Disuade realmente la pena?

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho la pena se asemeja al costo o «precio» que debe pagarse por delinquir. No obstante, el «precio» que significa el castigo no es más que un valor «esperado», algo que depende de la magnitud de la pena y de la probabilidad de que ésta se efectivice.

De este modo, el costo de cometer el delito de aborto, cuya pena asciende a 2 años (artículo 114 del C.P.), siendo la probabilidad de ser condenado del 50% por la insuficiente actividad de la policía, el sistema judicial o el penitenciario, no representa para quien lo comete un costo de 2 años, sino de $2 \times 50/100$, es decir 1 año.

Ahora bien, la prevención del delito podría reposar en el encarecimiento de la actividad delictiva, aumentando el precio o valor esperado del castigo, con lo cual se estaría desincentivando la delincuencia. En tal sentido, puede inferirse que existen dos formas de aumentar el valor esperado:

- i. Aumentando las penas

Esta propuesta, llevada al discurso de las teorías de la pena, no significa sino la afirmación del modelo de la llamada prevención general negativa⁵⁷, orientada a la prevención del delito mediante la

intimidación de la ciudadanía por la aplicación de penas drásticas.

Múltiples estudios científicos han demostrado la ausencia de una relación directa entre el agravamiento de las penas y la disminución de la delincuencia, por lo que esta teoría se halla absolutamente deslegitimada.

- ii. Aumentando la certeza o probabilidad de ser condenado por la comisión de un delito

Esta opción, llevada también al discurso de las teorías de la pena, corresponde a la propuesta de la conocida prevención general positiva⁵⁸, consistente en la afirmación positiva del Derecho Penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el Derecho.

El aumento de la probabilidad de ser condenado forma parte de los cometidos que Armin Kauffman atribuye a la prevención general positiva, cuando se refiere a la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse⁵⁹.

Las críticas levantadas contra la prevención general positiva por la criminología crítica⁶⁰, ponen de manifiesto que la reafirmación de valores sólo es posible para quienes están conformes con la ley, debido a la ausencia de consenso en la definición de los valores que protege el sistema penal, lo que hace de éste un modelo simbólico.

7. Reasignación de recursos sobre la base del modelo de mínima intervención.

Consideramos que el paradigma del «Derecho Penal Mínimo», favorable a la solución de los conflictos a través de los medios de control social extrapenales y que reserva la intervención penal sólo para las más graves infracciones contra los bienes jurídicos esenciales; facilita una eficiente reasignación de los escasos recursos con que cuenta el sistema para el cumplimiento de la función de reducir el costo social del delito.

Este modelo operaría a través de la reducción de

⁵⁶ Santos Pastor, Juan. Derecho penal... Pg. 527.

⁵⁷ Cfr. Roxin, Claus y otros. Introducción al derecho penal y procesal penal. Ed. Ariel. Barcelona, 1989.

⁵⁸ Cfr. Mir Puig, Santiago. Derecho penal. Parte General. 3a ed. Ed. PPU. Barcelona, 1990. Pg. 56 y ss.

⁵⁹ Cfr. Mir Puig, Santiago. o.c. Pg. 57.

⁶⁰ Cfr. Yrigoyen Fajardo, Raquel. El sentido...Pg. 128.

la intervención punitiva en los procesos de criminalización primaria (destipificación de conductas, atenuación de las penas, etc.), secundaria (promoción del respeto de los derechos humanos a nivel de las agencias de control penal) y de ejecución (aplicación de medidas despenalizadoras)⁶¹.

Por otro lado, la función de reducción del costo social se aprecia a tres niveles :

i. Como reducción de los costos de prevención.- Al reprimirse un menor número de infracciones - sólo las lesivas de los bienes jurídicos fundamentales-, el sistema se descongiona. Ello trae consigo el aumento de la probabilidad de la imposición efectiva de la sanción penal, lográndose el objetivo de la prevención general positiva, que bajo el modelo de mínima intervención supera las críticas dado que sólo protege los valores fundamentales.

ii. Como reducción de los costos derivados de la

comisión efectiva de delitos.- Ello debido a que el sistema opera mediante una selección racional, puesto que asigna sus escasos recursos a la persecución de las conductas que generan un mayor costo social, dejándose de lado la intervención punitiva frente a las infracciones de menor entidad -delitos de bagatela por ejemplo-, lo cual maximiza la utilidad del sistema, evitándose «costos de oportunidad». Esto implica a su vez una reducción de la «cifra negra» de la criminalidad.

iii. Como reducción de los costos del sistema penal.

Dado que el sistema opera mediante una selección racional, su consiguiente descongestión significará una reducción significativa de sus costos.

En conclusión, el modelo de mínima intervención acerca al sistema penal al cumplimiento de una función real, la de reducir el costo social del delito, superando el simbolismo falso e ilusorio que actualmente lo domina.

⁶¹ Una propuesta de medidas puede verse en Yrigoyen Fajardo, Raquel. El sentido... Pgs. 139-151.

ABRAHAM VELARDE ALVAREZ

NOTARIO DE LIMA

Av. Arequipa 4036 Miraflores

Teléfonos: 45-9762 • 40-1043 • 22-6853 • 70-3681

Fax: 41-5851