

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, Eugénio 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 inculpar 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