

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE ECONOMÍA.

DISERTACIÓN DE GRADO

**TRABAJO PRESENTADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
ECONOMISTA**

**LA ECONOMÍA DEL DERECHO: UN ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS
DELITOS DE NARCOTRÁFICO, CONTRA LA PROPIEDAD PRIVADA Y
CONTRA LAS PERSONAS**

ALFREDO ORLANDO VERDEZOTO NOBOA

QUITO, 2007

A la memoria de mi abuelita Carmen

*Agradezco a mis padres, por su apoyo incondicional y persistencia,
A mi hermana por su ayuda en tiempos difíciles,
A Adrianita por no dejar de soñar a mi lado,
A todos aquellos quienes siempre creyeron en mí.*

PRÓLOGO

Resulta no solamente novedoso el hablar de la posible racionalidad económica del delincuente, sino también podría sonar hasta extravagante el creer que un fenómeno social como es la delincuencia podría tener una explicación diferente a la dada por otras disciplinas como la criminología, la criminalística o la sociología, sin embargo la presente investigación analiza de una manera sistemática cómo la Economía, específicamente la Economía neoclásica, desde sus albores sí se ha preocupado por resolver estos fenómenos.

El trabajo que a continuación se expone versa sobre la manera con la cual la Economía hace una reflexión del Derecho, específicamente el método con el cual se analizaría a la ley penal y las instituciones penales, bajo la óptica económica, para ello la técnica utilizada es el denominado Análisis Económico del Derecho, entendiéndose a este como una metodología donde la Economía, que parte de la escasez y busca maximizar la riqueza social, tiene por objeto el Derecho, implementando el supuesto de la eficiencia

El camino a seguir en la determinación de la vinculación entre el Derecho y la Economía no es especulativa, ésta se encuentra definida en el capítulo segundo y es un estudio sistemático desarrollado en cuatro diferentes visiones: la primera, la teoría tradicional, expone la relación Derecho- Economía, desde la génesis del capitalismo y la Economía clásica y neoclásica; la segunda la teoría neoinstitucionalista, toma en cuenta otros criterios que para la escuela tradicional son supuestos, como los costos de transacción, externalidades, información asimétrica, entre otros, y la manera con la cual éstas categorías dan eficiencia en las instituciones del Estado; la tercera perspectiva la de los estudios de la elección pública, traslada las concepciones de la Economía neoclásica al “mercado político”, definiéndolo a éste como oferta y demanda de votos y decisiones políticas en virtud de un análisis costo-beneficio, por parte tanto de votantes como postulantes políticos; finalmente la cuarta perspectiva, la de la Escuela de la Crítica Jurídica, establece que las normas e instituciones del Estado son determinadas por la base económica, quienes representa esta corriente relacionan sus ideas a corrientes neo marxistas.

Señalado los diferentes senderos que podría tomar el Derecho Económico, nos situaremos en el capítulo tercero en el cual se aborda una de las perspectivas antes

anotadas en particular: la teoría tradicional, pues ésta permite desarrollar el análisis económico del crimen, el cual parte de un simple supuesto, el potencial delincuyente es, como la mayoría de seres humanos, un individuo racional. Con ello se define que, mediante el uso de herramientas económicas de la teoría del consumidor, se puede predecir la reacción de los delincuentes ante las distintas normas e instituciones existentes. Por ello, el móvil del delincuyente no es pura y simplemente dañar, sino también la búsqueda de acrecentar su “patrimonio delincuencial”. Por lo tanto, si el delincuyente actúa como si fuese un consumidor, se puede analizar y predecir su comportamiento con instrumentos de la Economía.

Bajo los criterios anotados, se infiere que los modelos económicos de criminalidad son aplicables también a nuestra realidad. Mi aporte personal se encuentra en el capítulo cuarto, al estudiar casos de delitos de narcotráfico, contra las personas y en contra de la propiedad privada, tomados de la jurisprudencia ecuatoriana y colocarlos bajo la lupa de la Economía, esto sin pretender inferir una verdad de un hecho particular (lo cual sería demasiado osado de mi parte), más bien derivar criterios de la manera con la que se debería sancionar la ley verificando si los jueces y tribunales penales dictaminan sus fallos en relación a criterios no solo de equidad sino también de eficiencia económica. Entendiéndose como eficiencia económica, el beneficio social en términos de Pareto (que un individuo tenga beneficios sin que el resto vean mermadas sus ganancias) y de Kaldor-Hicks (que los posibles ganadores compensen a los posibles perdedores y que aún así haya beneficios). En tal virtud, al medir matemáticamente los costos y beneficios del delincuyente y relacionando

No obstante, no basta con comprobar si efectivamente el delincuyente prevé los beneficios de sus ilícitos, además se analizará los aspectos que circundan a esta problemática. En este sentido cobra relevancia la teoría neoinstitucionalista, pues al Derecho penal (sus normas, sus instituciones, la prevención del delito y las políticas públicas de seguridad) es una institución, que debe coordinar objetivos con la policía, fiscalía, tribunales penales y Estado, en busca de determinar un adecuado gasto en seguridad ciudadana, prevención de ilícitos, disuasión criminal, certeza y/o severidad en el castigo.

Además, con la teoría expuesta, se mide estadísticamente una serie de implicaciones relacionadas con el comportamiento de quien comete ilícitos,

dependiendo del tipo de delito (narcotráfico, delitos en contra de las personas o propiedad privada), las “preferencias delincuenciales”, pueden variar entre: cometer robos de casas entre semana, disminuir los ilícitos en feriado, horas más comunes en el que se comete asesinatos y horas más usuales en el que existe el robo de bancos.

Ciertamente, si el criminal prevé sus resultados, los efectos de sus acciones son influyentes en las víctimas, especialmente si el Estado no cubre eficientemente la este ámbito. Los individuos se ven obligados a contratar servicios privados, así es el caso de la seguridad privada, haciendo de un bien público un bien privado.

El trabajo que aquí presento es un estudio de las leyes penales con una perspectiva económica, por ello es aconsejable tener noción de cuál es el ámbito de dicha normativa, cuáles son los tipos de ilícitos que se han abordado, las características del delito y cómo, la teoría tradicional de la pena difiere de la teoría económica del crimen, por aquello sugiero al lector la revisión de los anexos en los que abordo estos temas.

Mi motivación para realizar esta investigación es debido a la necesidad de implementar los estudios de la Economía a la realidad social, como un aporte metodológico de la ciencia Económica al resto de las Ciencias Sociales, este hecho cobra más fuerza por la problemática delincencial, el hacinamiento carcelario, la inequidad en la sanción a delincuentes, la falta de celeridad en la resolución de sentencias. Problemas a los cuales la Economía, siendo una ciencia social, puede ser aporte a su control o solución de una manera más técnica y menos retórica.

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

1. EL ANÁLISIS ECONOMICO DEL DERECHO
2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.
 - 2.1. DELIMITACIÓN ESPACIAL
 - 2.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL
3. PREGUNTAS DIRECTRICES.
4. HIPÓTESIS
5. OBJETIVOS
 - 5.1. OBJETIVO GENERAL.
 - 5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

CAPÍTULO MARCO TEÓRICO

1. PERSPECTIVAS DEL AED
 - 1.1. Definiciones de Análisis Económico del Derecho.
 2. La perspectiva tradicional
 - 2.1. Historia
 - 2.2. Metodología
 3. La perspectiva neoinstitucional
 - 3.1. Historia
 - 3.2. Metodología
 - 3.3. Temas de análisis:
Derechos de propiedad, instituciones y costos de transacción
 - 3.4. El concepto de eficiencia para la perspectiva neoinstitucional
 4. La perspectiva de la elección pública
 - 4.1. Historia
 - 4.2. Temas de análisis
 - 4.3. Metodología
 - 4.4. La eficiencia en la perspectiva de la elección pública.
 5. La perspectiva de los estudios de la crítica jurídica.
 - 5.1. Temas característicos.
 - 5.2. Diferencias entre la perspectiva tradicional del AED y el Derecho y ECJ.
 - 5.3. Semejanzas entre la perspectiva tradicional del AED y ECJ.

CAPÍTULO III

1. ANÁLISIS ECONOMICO DEL DERECHO UNA APLICACIÓN AL ÁMBITO PENAL.
 - 1.1. Introducción.

2. La perspectiva tradicional como base del estudio del AED aplicado al ámbito penal

2.1. Historia del análisis económico del Derecho aplicado al ámbito penal.

2.1.1. Cesare Beccaria.

2.1.2. Jeremy Bentham.

2.1.3 Referencias actuales del AED en mercados implícitos y el Imperialismo Económico 37

2.1.3.1. La teoría del homo economicus.

2.1.3.1.1. Orígenes.

2.1.3.1.2. La formalización del homo economicus en la economía neoclásica.

2.2.3.2. La teoría de la escasez de Robbins.

2.1.3.3 Gary Becker.

2.1.3.4. El imperialismo económico y el AED.

2.2. Análisis positivo y normativo del AED.

2.2.1. Análisis normativo.

2.3. Los criterios de eficiencia dentro del AED: Debate entre eficiencia y justicia.

2.4. La manera de conocer el Derecho desde el punto de vista de la Economía

2.4.1. Estructura de la elección racional con normas.

2.4.2. Justificación del estudio del Derecho penal desde la óptica del Análisis Económico del Derecho.

3. El modelo económico del comportamiento criminal.

3.1. El modelo básico del comportamiento criminal.

3.2. Extensión al modelo básico del comportamiento criminal.

3.3. Una curva de oferta del crimen.

4. Políticas públicas.

4.1. La disuasión óptima y el castigo eficiente

4.2. La matemática de la disuasión óptima.

4.3. Instrumentos óptimos de disuasión.

4.3.1. Isocuantas de la disuasión.

4.3.2. La combinación eficiente de certeza y severidad del castigo.

4.3.3. Asignación de los recursos

4.3.4. El dilema entre las multas y la prisión.

5. Evaluación del marco teórico.

CAPÍTULO IV

MARCO EMPÍRICO

1. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO A LA REALIDAD PENAL DEL ECUADOR

1.1. Políticas públicas sobre criminalidad en el Ecuador: Severidad como sistema de implementación de la seguridad en el Ecuador

- 1.1.1. La crisis del sistema carcelario.
- 1.1.2. Gestión financiera del sistema de cárceles en el Ecuador.-

- 2. Certeza como sistema de implementación de la seguridad en el Ecuador.
 - 2.1. El presupuesto de la seguridad.
 - 2.2. Calidad del Gasto en seguridad por parte del Estado.
 - 3. Análisis de la eficiencia de la reforma procesal penal.

- 4. Privatización de la seguridad pública.
 - 4.1. El mercado de la seguridad privada
 - 4.2. Seguridad privada y seguridad ciudadana.

- 5. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO A LA JURISPRUDENCIA PENAL ECUATORIANA
 - 5. 1. DELITOS DE NARCOTRÁFICO
 - 5.1.1. JUSTIFICACIÓN
 - 5.2. CASO 1, GACETA JUDICIAL No. 5, de Enero a Abril de 1996, décimo quinta serie, pp. 1237
 - 5.2.1. Resumen
 - 5.2.2. Sentencia
 - 5.2.3. El Análisis Económico del Derecho aplicado al caso.
 - 5.3 CASO 2, GACETA JUDICIAL No. 8, de Enero a Abril de 2004, décimo cuarta serie, pp. 4669
 - 5.3.1. Resumen
 - 5.3.2. Sentencia.-
 - 5.4.3. El Análisis Económico del Derecho aplicado al caso.-
 - 6. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD PRIVADA
 - 6.1. JUSTIFICACIÓN
 - 6.2. CASO 3, GACETA JUDICIAL No. 6, de mayo-agosto de 2001, décimo séptima serie, pp. 1627.
 - 6.2.1 Resumen.
 - 6.2.2. Sentencia.
 - 6.2.3. El Análisis Económico del Derecho aplicado al caso.
 - 6.3. CASO 4, GACETA JUDICIAL No. 4, de septiembre-diciembre de 2001, décimo séptima serie, pp. 1015.
 - 6.3.1. Resumen.
 - 6.3.2. Sentencia.
 - 6.3.3. El Análisis Económico del Derecho aplicado al caso.
- 7. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS
 - 7.1. JUSTIFICACIÓN.

 - 7.2. CASO 5, GACETA JUDICIAL No. 6, de mayo-agosto de 2001, décimo séptima serie, pp. 1663.
 - 7.2.1. Sentencia.

 - 7.2.2. El Análisis Económico del Derecho aplicado al caso.
 - 7.3. CASO 6, GACETA JUDICIAL No. 3, de mayo-agosto de 2000, décimo séptima serie, pp. 705.
 - 7.3.1. Resumen.

7.3.2. Sentencia.

7.3.3. El Análisis Económico del Derecho aplicado al caso.

CAPÍTULO V

RESULTADOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. RESULTADOS.

1.1. RESULTADO DE LA HIPÓTESIS 1:

1.2. RESULTADO DE LA HIPÓTESIS 2:

2. CONCLUSIONES:

3. RECOMENDACIONES:

Anexos.

Bibliografía.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. EL ANÁLISIS ECONOMICO DEL DERECHO

Lo importante en Economía son las relaciones sociales, aquellas que se manifiestan en la búsqueda por satisfacer necesidades materiales, el Derecho, por otro lado, ha tenido dentro de sus fines garantizar aquello que busca la Economía, por ello se podría decir que el objeto de estudio de estas dos disciplinas es el comportamiento humano. Dicha concordancia, se acoge en el concepto de Ciencia Económica anotado por Robbins¹ en 1932: “La ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios escasos susceptibles de usos alternativos”.

Desde los albores de la Economía como un conocimiento sistemático y con un objeto definido (el mercado), se ha tenido la intuición de que hay un vínculo entre ésta y el Derecho, ya los economistas clásicos buscaban descubrir leyes que propiciaran la eficiencia en la sociedad. Adán Smith en su obra “Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones”, vio el papel crucial de los monopolistas y de los efectos de la intervención del gobierno en los sistemas de precios y de políticas proteccionistas. Pone como ejemplo a un grupo de comerciantes que establecen un nuevo mercado, y se concede un monopolio temporal, él observa que aquello se puede justificar, bajo los mismos principios sobre los cuales se concede a su inventor la patente por la creación de una máquina, o de un libro nuevo a su autor. La ley se constituye aquí en un incentivo para los protagonistas de la naciente revolución industrial. Es decir el análisis iniciándose desde lo económico se ha materializado en lo posterior en una ley.

Los ejemplos anteriores, en los cuales las dos ciencias se relacionan, aún se mantienen en ámbitos como los tributarios, laborales, ley de competencia, sanción de decretos de gasto público, etc., y son expresiones prácticas que forman parte del estudio del Derecho Económico, el cual analiza, a decir de Posner², los mercados explícitos, es decir, la manera con la cual la normatividad regula de una manera directa a los mercados, mediante la implementación de impuestos o subsidios, con el control de la competencia desleal, control de precios, tasas de interés, regulación del mercado cambiario, de capitales, etc.

¹Lionel Robbins, **Ensayo sobre la naturaleza y la importancia de la ciencia económica**, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.

²Richard Posner, **EL análisis económico del Derecho**, Fondo de Cultura Económica, México 1998.

Por otro lado, existe otro método de estudio de la relación existente entre el Derecho y la Economía denominado Análisis Económico del Derecho ³ (en adelante AED), el cual toma como referencia diversas áreas del Derecho y las analiza con instrumentos y criterios de la Economía, para concluir si dicho aspecto jurídico cumple condiciones de eficiencia en la sociedad. Dentro de sus ámbitos de estudio está la Legislación de Menores, Legislación Civil, como en el caso de sucesiones, contratos, formas de adquirir el dominio, divorcios, Legislación Penal entre otros.

Para el ya citado Posner⁴, y para los fines de esta investigación, AED es “el conjunto de estudios económicos que se fincan en un conocimiento detallado de alguna área del derecho”.

El presente trabajo hace referencia a la segunda manera de abordar la relación entre la ley y la Economía: el AED, en el cual se tomará como objeto de estudio el área penal, buscando establecer si existe una motivación económica para quebrantar la ley por parte de los delincuentes, además si las decisiones jurídicas expedidas en los tribunales superiores penales son eficientes. La base de este estudio son casos en los que existan decisiones judiciales a nivel de Corte Suprema (casación) y con características de cosa juzgada, concentrándose en delitos que van en contra de las personas, propiedad privada, fe pública y narcotráfico, no obstante en cada uno de los tipos de delitos se anotarán dos casos, para confrontarlos y establecer conclusiones en función de las teorías del AED.

Al igual que el Derecho Económico, el AED es un estudio que viene desde antiguo, ya Jeremy Bentham en su obra “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation” recomendaba que la normativa penal debía ser redactada de tal manera que no únicamente reivindicara al delincuente, sino que se hiciera un manejo óptimo de los recursos por parte del Estado para conseguir dicho propósito. A partir de esta idea él inventa el concepto de panopticum, un presidio que tiene por características una arquitectura por la cual se observaba desde un sitio estratégico los movimientos de todos los reclusos, a la vez que no eran necesarios muchos guardias para esta labor.

En cambio, en la actualidad, el AED se manifiesta en un sin número de espacios jurídicos, esto gracias a que la Economía, específicamente la microeconomía, explica el comportamiento del individuo racional en la teoría del consumidor. En relación al AED

³ Antiguamente esta terminación era entendida pura y simplemente como Derecho Económico, y miraba, como ya se anotó, únicamente aspectos que relacionaban mercados explícitos.

⁴ Posner, *ibid.*

aplicado al ámbito penal, dicho comportamiento criminal se vería manifestado en los mercados implícitos, es decir en donde confluye la demanda y la oferta “implícitas”: Si el precio “implícito” sube, es decir la sanción, la demanda de crímenes, por parte de los delincuentes, disminuiría y como el Estado es a quien corresponde establecer esta normatividad y la seguridad pública, al no ser eficiente en esta labor se convertiría en un oferente de transgresiones.

Los avances del AED en todas sus áreas ha sido permanente. El trabajo de Ronald Coase tuvo su reconocimiento en el año de 1991 al otorgarle el premio Nóbel de Economía, gracias a su descubrimiento de los costos de transacción y la importancia de las leyes, entre las cuales se incluyen las penales, en la eficiencia económica.

También Gary Becker⁵, premio Nóbel de Economía de 1962, es un referente contemporáneo del AED, él manifiesta: “Así mismo, al igual que existe un mercado de bienes materiales, existe un mercado de matrimonios, un mercado de votos, un mercado de delitos; y de la misma forma que se predicen los resultados económicos sobre la base de ley de la oferta y la demanda, pueden predecirse los resultados de una determinada política criminal, de una política demográfica, etc.”

En legislaciones más avanzadas este estudio a tomado énfasis, tanto así que se señalan como tradicionales los modelos que tratan acerca: sobre la racionalidad económica en el cometimiento de delitos⁶, la prolongación en el tiempo del cometimiento de crímenes, usando variables macroeconómicas⁷, estudios sobre corrupción⁸, el modelo de la probabilidad de que un delincuente sea detenido⁹, la responsabilidad criminal corporativa¹⁰, la posibilidad de crear una normatividad en la cual las prisiones sean privadas¹¹, normativa eficiente en la lucha del crimen organizado¹², etc.

⁵Gary Becker, **Teoría económica**, 1ra reimpresión, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997. p.12.

⁶Erling Eide, “Economics of criminal behavior”, **Encyclopedia of law and economics**, Faculty of Law, University of Oslo, 2006

⁷Carlos Esteban Posada Posada, **Modelos económicos de la criminalidad y la posibilidad de una dinámica prolongada**, Departamento Nacional de planeación, unidad de análisis macroeconómico. Bogotá, Colombia, 1994.

⁸Roger Bowles, School of Social Sciences, University of Bath, 2005.

⁹A. Mitchell Polinsky, “Public Enforcement of law”, **Encyclopedia of law and economics**, Stanford University, 2006.

¹⁰John R. Lott, John M, “Corporate criminal liability”, **Encyclopedia of law and economics**, Olin Visiting Law and Economics Fellow University of Chicago Law School, 2006.

¹¹Kenneth L. Avio, “The economics of prisons”, **Encyclopedia of law and economics**, Professor of Economics, University of Victoria, 2007.

¹²Gianluca Fiorentini, “Organized crime and illegal markets”, **Journal Economics and Law**, Dipartimento di Scienze Economiche, Università di Bologna, 2005.

En nuestro país no existen indagaciones sobre las aplicaciones del AED en el ámbito penal (ni a ningún otro espacio legal), pese a que este método de análisis podría contribuir a dar soluciones al problema de la criminalidad. No se puede subestimar que el control de la delincuencia siempre será motivo de preocupación a todo nivel, académico o estatal. Por poner un ejemplo, en Guayaquil en el primer semestre del 2006 se denunciaron ante la fiscalía 7.273 delitos contra las personas, lo cual denota un alto índice de inseguridad, causando falta de confianza en las instituciones, según una encuesta realizada a nivel nacional por el INEC en el año 2005, el 72,6% de los encuestados respondieron tener poco y nada de confianza en la Policía Nacional y el 58,3% respondió que se ve poco comprometida a la policía como parte de la comunidad.

Por otro lado, es importante la teoría económica del crimen porque puede dar mayores soluciones a la parte más sensible del Derecho Público, el penal. Aquí se decide la vida o reivindicación del reo si por el lado del denunciado se trata, y se decide también la indemnización del ofendido si por el lado del actor se mira¹³. Por ende, necesita de un análisis más claro y preciso al momento de dar un veredicto el juez.

2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.

2.1. DELIMITACIÓN ESPACIAL.- Debido a que las Gacetas Judiciales son publicaciones de los Fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia a nivel superior y que comprende todo el territorio nacional, el presente trabajo toma como referencia a toda zona geográfica donde se dan estos fallos.

2.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL.- Fallos expedidos por la Corte Suprema de Justicia y publicados en Gacetas Judiciales en los últimos 10 años. Se han elegido casos recientes, pues de esta manera se establecerían conclusiones sobre los problemas actuales de la ley.

3. PREGUNTAS DIRECTRICES.

¹³Para varios tratadistas como el Doctor Ernesto Albán este aspecto es un carácter del Derecho penal denominado como aflictivo, es decir la respuesta de la ley penal frente al delito es la imposición de una pena, al respecto véase página 30 del Manual de Derecho Penal ecuatoriano, Parte General, Editorial Ediciones legales, Quito, 2005

- ¿Cuáles son los conceptos del Derecho Penal que explican el Análisis Económico del Derecho?
- ¿Qué es la teoría económica sobre la criminalidad?
- ¿Cómo influye la economía en el comportamiento criminal?
- ¿Existe racionalidad económica en el cometimiento de delitos contra la propiedad, personas y narcotráfico?
- ¿Cuáles son los criterios jurídicos, en el área penal, vertidos a nivel de Corte Suprema y que podrían propiciar la eficiencia económica?
- ¿Cuál podría ser el cambio de comportamiento delincencial mediante la elaboración de decisiones jurídicas a nivel de Corte Suprema mediante técnicas del Análisis Económico del Derecho?
- ¿Cuál es la manera de optimizar la iniciativa, creación, interpretación y sanción de la ley penal a nivel de Corte Suprema?

4. HIPÓTESIS.

- **Tomando como marco teórico el Análisis Económico del derecho, y como referencia la jurisprudencia ecuatoriana, conocer si los delincuentes tienen una motivación económica para quebrantar la ley**
- **Tomando como marco teórico el Análisis Económico del derecho, y como referencia la jurisprudencia ecuatoriana conocer si las decisiones jurídicas expedidas en los tribunales superiores penales tiene un carácter de eficiencia.**

5. OBJETIVOS.

5.1. OBJETIVO GENERAL.

- Mediante criterios, instrumentos y conceptos del análisis económico del derecho, analizar si los delincuentes tienen una motivación económica para quebrantar la ley y los fallos judiciales a nivel de corte suprema de justicia son eficientes en el ámbito penal.

5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Conocer los conceptos legales y corrientes penales que pudieran ser compatibles con el Derecho penal, y de esta forma evaluarlas desde el punto de vista económico.
- Establecer los conceptos e instrumentos económicos idóneos para la aplicación al Análisis Económico del Derecho Penal.
- Conocer si las instituciones son eficientes en la formación, interpretación y sanción de la ley penal.
- Recomendar criterios de formación, interpretación y sanción de las normas penales mediante la utilización del AED.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

1. PERSPECTIVAS ACERCA DEL ANÁLISIS ECONOMICO DEL DERECHO

El objetivo de este capítulo es estudiar la razón de ser del Análisis Económico del Derecho (en adelante AED), y la manera con la cual este estudio se presenta con diferentes enfoques, para analizar de una manera coherente y sistemática al Derecho bajo un entendimiento económico.

Para Posner¹⁴, el AED es más que una técnica, es en una disciplina que viene desde antiguo, incluso anterior a los estudios de los economistas clásicos. No obstante, dicho estudio, tuvo su auge a inicios de los años cincuenta, en movimientos teóricos de la escuela de Chicago, y en la actualidad, esta práctica se ha refinado y se ha extendido a otras zonas geográficas y ámbitos intelectuales¹⁵, buscado respuestas a los problemas planteados en diferentes áreas del Derecho.

Es importante reconocer que existe una diferencia expresa entre lo que es el Derecho Económico y el AED. El primero hace relación al estudio de la influencia de las leyes en los mercados, como el laboral, de bienes y servicios, societario, impositivo, entre otros, es decir analiza los impactos económicos que pudieran existir cuando el Estado, a través de sus diversas instituciones, derogan o crean una ley. En cambio en el AED, se intenta establecer modelos económicos a partir de normas no observadas en el Derecho Económico, tales como: la penal, civil, de menores, etc. y la eficiencia de estas normas en la sociedad¹⁶.

Las explicaciones de este capítulo, son base para la comprensión del AED aplicado al ámbito penal (abordado en el capítulo tercero), además relaciona la doctrina jurídica e introductoria al Derecho Penal, explicada anteriormente, con el pensamiento metodológico y teórico del AED.

¹⁴Pedro Mercado Pacheco, **El análisis Económico del Derecho**, una reconstrucción teórica. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1994, citando a Posner, Richard, *A theory of Primitive Society with special reference of law*, en *Journal of law and Economics*". En este paper Posner hace un estudio de las costumbres primitivas asociadas a la manera de entender el Derecho asociado a la Economía.

¹⁵Son reconocidos los trabajos de las revistas jurídicas estadounidenses como: "journal law and economics", "the encyclopedia of law and economics".

¹⁶Richard Posner, **Análisis Económico del Derecho**, Editorial Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1999, p.28. Posner hace referencia a lo que se entiende como eficiente dentro del estudio de la ley y la Economía: "La teoría no puede decir a la sociedad que debería tratar de limitar el robo, pero sí puede demostrar que sería ineficiente tolerar el robo ilimitado, y así puede aclarar un conflicto de valores demostrando cuánto de un valor –la eficiencia– (lo subrayado es mío) debe sacrificarse para alcanzar otro"

A continuación se presentarán las diversas posturas sobre esta disciplina, esto asumiendo la posición de Roemer, quien diferencia, a lo largo del tiempo, cuatro escuelas principales: La doctrina tradicional, los neoinstitucionalistas, la escuela del public choice o de la elección pública y la escuela de la crítica jurídica, y que a continuación serán descritas, no sin antes conceptualizar al AED.

1.1. Definiciones de Análisis Económico del Derecho

Establecer una definición generalmente aceptada de esta disciplina, en la cual se incluya el sin número de conceptos que están implicados, pero sacrificando la síntesis es demasiado complicado. En tal virtud, es preferible tomar varias descripciones de autores, compatibles al AED desde el punto de vista penal, y tomar un criterio propio en base a dichos criterios.

Una definición bastante difundida es el de Rowley (1989), quien lo define, como “la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas”¹⁷.

Para otros autores como Gutiérrez Prieto, dice ser: “law and economics es fundamentalmente, una aplicación del análisis económico al Derecho, o, más concretamente, a aquellas normas jurídicas que no regulan directamente aspectos del mercado. Su novedad consistiría, precisamente en la aplicación de las teorías macroeconómicas a la explicación y evaluación de la normatividad jurídica en campos que, hasta su conformación, no se habían contemplado como susceptibles de ser analizados económicamente”¹⁸.

Para Cossio Díaz, el análisis económico del Derecho puede ser la designación dada a todo aquel análisis que desde las categorías económicas se haga del Derecho o, en un sentido más restringido, al análisis que del Derecho se haga a partir de unas específicas categorías económicas”¹⁹.

¹⁷Roemer, **Introducción al análisis económico del Derecho**, Editorial Fondo de cultura económica, México 1994, p.6. Citando a Charles Rowley, *Public Choice and the Economic Analysis of Law*. Otra definición, aunque no tan clara es la de Richard Posner, él dice que el AED es el “conjunto de estudios económicos que se fincan en un conocimiento detallado de alguna área del derecho; sea que el estudio lo haga un Abogado, un Economista, alguien que tenga ambos títulos, o un equipo formado por un abogado y un economista; ello tiene poca importancia”.

¹⁸Hernando Gutiérrez Prieto, **El análisis económico del Derecho: perspectiva para el desarrollo del derecho económico**, en Universitas, No. 100, Bogotá, Universidad Javeriana, 2000.

¹⁹José Ramón Cossío Díaz, **Derecho y análisis económico**, México, Fondo de Cultura económica, 1997, p.225

Otro autor, Antonio Núñez dice: El estudio de la ley y la economía “se basa en el supuesto de que la utilización de las herramientas económicas aporta al Derecho información que de otra forma no hubiera podido utilizar. Esto, a su vez, implica que el Derecho no es una disciplina autónoma sino que requiere, para poder evaluarse su funcionamiento, de otras ramas del saber”²⁰.

Para fines de ésta investigación, se partirá de la siguiente definición, concepto útil para ser aplicado al ámbito penal: El AED, es una metodología donde la Economía, que parte de la escasez y busca maximizar la riqueza social, tiene por objeto el Derecho, implementando para esto el supuesto de la eficiencia.

2. La perspectiva tradicional

El presente trabajo, tiene como base teórica la perspectiva tradicional, empero es indispensable conocer a breves rasgos cuáles son las otras maneras de conocer el Derecho aplicado a la Economía.

2.1. Historia

Esta perspectiva muestra a los individuos como agentes racionales, dentro de un mercado influido por leyes sea de manera directa, en “mercados explícitos”, o de manera indirecta con “mercados implícitos”. Posner, uno de los principales representantes de este enfoque, señala que desde siempre esta relación ha existido: la estructura jurídica ha sido un factor influyente en la Economía, y viceversa.

Y debido a que esta relación ha sido permanente, se puede realizar un análisis dividido en referencias pasadas y actuales del AED desde la perspectiva tradicional, esta división, para la mayoría de autores²¹, es propia de su evolución.

Los antecedentes remotos se refieren al análisis económico de las Leyes antimonopólicas, tributarias, de comercio, presupuesto del Estado, etc, es decir a normas que tienen que ver a “mercados explícitos”²² o al Derecho Económico. Relacionándolo,

²⁰Núñez, Antonio José, ob. cit. p.70.

²¹Como ejemplos de estos autores tenemos a Antonio Núñez, en la Colección de Derecho Económico, Ejan Mackaay, en su paper “*History and law*”, publicado en la Enciclopedia de Derecho y Economía. En cambio Para otros autores como Coloma, el Análisis Económico del Derecho, en el cual se incluye su historia, es estudiado mediante la división entre Derecho público y Derecho privado.

²²Posner, op.cit., p.27. “Hasta hace unos 30 años, el análisis económico del derecho era casi sinónimo del análisis económico del derecho contra los monopolios, aunque había algunos trabajos sobre el Derecho Fiscal, el Derecho corporativo y la regulación de los servicios públicos, y los transportes colectivos (...) Sus descubrimientos tuvieron consecuencias para la política legal, por supuesto, pero básicamente lo que

por ende, a la definición común de mercado: “conjunto de compradores y vendedores que a través de sus interacciones reales o potenciales determinan el precio de un producto o de un conjunto de productos”²³ y cómo éste concepto de mercado es influido por una sanción o derogación de una ley.

En los “mercados explícitos” es más notable la relación entre Derecho y Economía, pero los antecedentes actuales para Posner es el estudio vinculado con el “nuevo derecho y economía”²⁴ (el AED), entendido por él como los “mercados implícitos”, los cuales analizan prácticamente todos los ámbitos del Derecho: civil, penal, laboral, constitucional, etc, y que se rigen a los mismos principios de la Economía como la oferta, demanda, precios, cantidades, entre otras.

Ciertamente, el criterio metodológico del antes y después, da ha entender que el Derecho Económico²⁵, estuvo presente en todo momento, tanto como en las culturas griegas²⁶, como en Roma. La Economía era una preocupación por el Derecho romano. No obstante, estas dos ciencias en último término parten de la Filosofía, por ello se podría decir que el AED es incluso más antigua que el origen de los postulados de la Economía clásica o neoclásica.

Efectivamente, los precursores del análisis económico del derecho, quienes estudiaron los “mercados explícitos”, pertenecen a los antecedentes remotos, poseen una Doctrina poco sistematizada, y difusa al interpretar la ley desde el punto de vista económico. De manera convencional, Adam Smith (1723-1790), es su representante,

estaban haciendo no era diferente de lo que los economistas han hecho tradicionalmente: tratar de explicar el comportamiento de los mercados económicos explícitos”.

²³Pindick, Robert y Rubinfeld, Daniel, **Microeconomía**, quinta edición, Editorial Prentice hall, Madrid-España, 2003, p. 8.

²⁴Posner, Richard, op. cit., p.27

²⁵Entiéndase como Derecho Económico, el estudio de los mercados explícitos y Análisis Económico del Derecho como la reflexión de los mercados implícitos. Estas definiciones son comúnmente aceptadas.

²⁶Núñez Trujillo, op.cit., p. 67, él hace referencia a Aristóteles, “al analizar la propuesta de Platón en la República de la comunidad de esposas e hijos en la ciudad ideal, expresamente evalúa los efectos desfavorables que podrían producirse, desde la perspectiva de la asignación de los recursos: “Si los mil niños de la ciudad pertenecen a cada ciudadano, no como hijos suyos, sino como hijos de todos, sin hacer distinción de tales o cuales, será bien poco lo que se cuidarán de semejantes criaturas. Si un niño promete, cada cual dirá “es mío”, y si no promete, cualesquiera que sean los padres a quienes, por otra parte, deba su origen conforme a la nota de inscripción, se dirá: “es mío o de cualquier otro”, y estas razones se alegrarán y estas dudas se suscitarán para los mil y más hijos que el estado puede encerrar, puesto que será igualmente imposible saber de quién es el hijo y si ha vivido después de su nacimiento”. “En general, esta ley de la comunidad producirá necesariamente efectos completamente opuestos a los que leyes bien hechas deben producir...”. Es decir con esto Aristóteles da una comentario dentro del AED, de cómo debería entenderse la propiedad sobre los hijos, que sin contar con los instrumentos económicos que ahora contamos, explicó que, gracias a que cada progenitor se preocupaba de los cuidados de su descendencia, no se presentaban conductas que buscaran maximizar el interés de los padres tomando a los niños con buenas condiciones y dejando de lado los que, por sus condiciones físicas, no se les veía un buen futuro.

conjuntamente con economistas de los siglos XVII y XIX como Locke, Stewart, Law, Mandeville, Petty, Cantillon y anteriores a ellos los mercantilistas y fisiócratas. Estudiaron el comportamiento humano como el resultado de una opción racional o que emprende el cálculo racional de los costes y las ventajas de políticas particulares o de reglas²⁷.

En definitiva, los economistas clásicos buscaban descubrir leyes que propiciaran la eficiencia en la sociedad. Adán Smith en su obra “Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones”, vio el papel crucial de los monopolistas y de los efectos de la intervención del gobierno en los sistemas de precios y de políticas proteccionistas. Pone como ejemplo a un grupo de comerciantes que establecen un nuevo mercado, y se concede un monopolio temporal, él observa que aquello se puede justificar, bajo los mismos principios sobre los cuales se concede a su inventor la patente por la creación de una máquina, o de un libro nuevo a su autor. La ley se constituye aquí en un incentivo para los protagonistas de la naciente revolución industrial. Es decir el análisis iniciándose desde lo económico se ha materializado en lo posterior en una ley²⁸.

El estudio de los “mercados explícitos”, en la actualidad, analiza las implicaciones directas en el mercado, producto de la sanción de normas que regulan los tributos, precios al consumidor o productor, leyes de competencia, mercado de valores, etc.

La otra división del AED, la economía de la regulación jurídica de actividades de no mercado, ha tenido una historia más variada, incluyéndose también en esta un antes y un después, incluso precede a los trabajos de Adam Smith. Bentham, en “Introducción a los principios de moral y de legislación”, publicado en 1789, conjuntamente con las investigaciones de Beccaria, publicadas anteriormente, ya habían estudiado la ley desde el punto de vista económico²⁹.

²⁷Luís Fernando Eslava, **Aproximación metodológica al análisis económico del Derecho**, Colección Enrique Law Murtra, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Octubre del 2003. Cita a José Ayala Espino, *Instituciones y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México 1993, p. 183 Acerca de la concepción de los clásicos, él dice: “Ellos parten de: 1. La concepción según la cual los individuos tienen una propensión innata al intercambio como conducta humana sustantiva 2. Donde el egoísmo y la búsqueda del logro de sus intereses conducen al bienestar de toda la sociedad. Para que esto se lleve a cabo, debe darse como presupuesto; 3. Un mercado libre donde se permite maximizar el bienestar individual a través de la cooperación con otros individuos, y, por último, 4. La libre competencia entre los individuos es la institución reguladora del mercado”.

²⁸Andrés Roemer, op.cit., p. 7.

En el presente, el análisis de los “mercados implícitos”, también cobran relevancia al estudiar normativas como la civil, penal, de menores; todas ellas estudiadas bajo criterios e instrumentos económicos.

Los dos esferas establecen la necesidad de crear normas que propicien la eficiencia; tanto en su creación, aplicación y sanción, bajo un método propio, presentado a continuación.

2.2. Metodología.

Para fines de este trabajo se toma la postura de Edmund W. Kitch³⁰ acerca de la metodología de la perspectiva tradicional, él identifica los siguientes puntos como los relevantes:

1. Se concebirá el objeto de estudio (la ley) como un sistema de restricciones y recompensas que interactúa con los individuos.

2. El propósito del análisis científico es identificar el componente sistemático de los fenómenos y separar ese componente de los fenómenos aleatorios. Una generalización puede servir incluso si es capaz de explicar sólo una porción del comportamiento examinado. Esta idea se deriva de la ciencia social en términos generales y de la matemática y estadística en términos específicos.

3. Los actores privados son motivados exclusivamente por el deseo de maximizar su propio interés económico.

4. La necesidad de examinar, tanto los efectos marginales como tales, con especial énfasis en los primeros, es importante para entender la respuesta humana a la ley.

5. Al evaluar arreglos regulatorios del mercado, es importante comparar el arreglo que se está evaluando contra otras alternativas institucionales viables.

6. Los informes jurídicos y los expedientes de casos contienen información útil y cuidadosamente registrada acerca de las prácticas económicas particulares.

Basarse en antecedentes de la corte en el derecho consuetudinario, con el propósito de iluminar casos concretos, fue una idea pionera en el área de antimonopolios en la materia, y se ha extendido en la actualidad a numerosos campos. Tanto más pionero es considerar casos penales de gacetas judiciales en nuestro sistema

³⁰ Roemer, Andrés, op. cit., p.16, Citando a Edmund Kitch, *The Intellectual Foundations of Law and Economics*, Journal of Legal Education, vol.33, núm.2 junio de 1983, pp.183-209.

jurídico codificado, que permita una mejor aplicación e interpretación de la ley penal, basada en la equidad y la eficiencia social. Para Bullard González³¹, es factible la aplicación del método del Análisis Económico del Derecho, tanto en derecho consuetudinario, como en el sistema jurídico germánico-romano, pues al determinar que las normas se constituyen en hipótesis, estas son fuentes de análisis e interpretación de tipo económico por parte de un juez, legislador o litigante.

Cossio, concuerda con González, en el sentido de la posibilidad de la aplicación del AED, en nuestro sistema, pero mira esta aplicabilidad desde otra perspectiva, pues menciona las explicaciones que ofrece el AED, en busca de interpretar la operatividad de las conductas humanas (no interpretar la norma), frente a las prescripciones legales. Por esto, la labor del AED no es de tipo normativo frente al ordenamiento jurídico, no puede decirse que se está generando una forma de interpretación legal de las normas; lo que es centro de estudio de esta metodología son aquellas conductas humanas que se encuentran relacionadas, de algún modo, con el Derecho³².

3. La perspectiva neoinstitucional.

Para Salomón Kalmanovits, “el neoinstitucionalismo informa que las reglas de juego que guían el comportamiento de los agentes en una sociedad son fundamentales para explicar su desempeño económico”³³. Ciertamente el neoinstitucionalismo comprende, un conjunto de teorías que combinan las vertientes de una nueva microeconomía basada en los costos de transacción, una sección de derecho y economía, otra de teoría de la información, teoría de la elección pública, y una vertiente histórica, basada en el trabajo de Douglass North³⁴. Cada una de ellas se acerca o se

³¹ Alfredo Bullard González, **Derecho y Economía**, Palestra Editores, Lima, 2003. p. 48. Sobre estos aspectos él dice: “Y es que cuando se aplica la ley se tiende el puente entre la realidad y el Derecho. Es a través de la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto que ésta se convierte en realidad. Al construirse este puente es que se puede lograr convertir una ley buena en una mala y una mala ley en una buena. El aplicador e intérprete por excelencia es el juez. Él convierte la ley en realidad. Por lo tanto, su responsabilidad en el funcionamiento del sistema económico y social es determinante. Su responsabilidad en el devenir del mundo real es incontrovertible, pero los jueces no son aún conscientes que son tanto o más responsables de la economía de un país que el mismo Ministerio de Economía

³² Cossío Díaz, op. cit. p. 228.

³³ <http://www.banrep.gov.co/documentos/presentaciones-discursos/pdf/El-neoinstitucionalismo-como-escuelaFinal3.pdf>

³⁴ Los institucionalistas histórico-descriptivos poseen un pasado ilustre. Este institucionalismo tiene su origen en el trabajo de John R. Commons, Thorstein Veblen, Henry Carter Adams y Roscoe Pound. Estos autores representan una tradición que atiende sobre todo a la interrelación existente entre los procesos del Estado y la Economía, y es más que una aplicación de la economía al derecho. La perspectiva institucionalista histórico-descriptiva nunca se ha articulado de manera completa y por esa razón es difícil dilucidar con precisión cuáles son las preocupaciones y logros de esa perspectiva. Sin embargo, el trabajo

aleja en mayor o menor medida de los postulados básicos de la teoría neoclásica: maximización de una utilidad, racionalidad en la elección, escala de valores establecida, información perfecta, competencia adecuada y, por lo tanto, clarificación de los mercados.

Por ende, en el presente estudio nos enfocaremos únicamente a lo que es el neoinstitucionalismo desde la perspectiva del análisis económico del derecho, entendiéndose esta orientación como la meta de identificación de las variables instrumentales y de las cuestiones y procesos que fundamentan la operación de las instituciones jurídicas de significación económica³⁵.

3.1. Historia.

En la década de 1950, la economía neoclásica fue objeto de ataques basados tanto en los aspectos teóricos como en los empíricos.

En particular se contó con una evidencia creciente en el sentido que la teoría de las organizaciones, incluso después de su replanteamiento en términos de la riqueza y no de la maximización de la utilidad, no era capaz de predecir de manera congruente y precisa las opciones de producción y precios que tenían las empresas. Muchas de las deficiencias evidentes de la teoría neoclásica surgieron porque los economistas simplemente pasaron por alto las condiciones institucionales apropiadas del mundo real. Así pues, considerar que los derechos de propiedad son plenamente definidos y asignados, mantenidos en manos privadas e intercambiables sin costo, no reflejaba las condiciones de la realidad e inevitablemente conducía a, por lo menos, algunas implicaciones contrarias a la evidencia.

En consecuencia, se buscó realizar una reforma, ahora se establecía la maximización de la utilidad a todas las alternativas con todas sus restricciones, incluyendo las restricciones institucionales (el sistema de los derechos de propiedad y los costos de transacción).

de Thomas Ulen distingue un tema común es este paradigma que resulta en una insatisfacción con el formalismo de la moderna microeconomía, especialmente cuando se aplica a los asuntos de la políticas públicas. Ulen distingue también dos grupos separados por dicha insatisfacción: un grupo se muestra inconforme con el carácter en extremo formal y matemático de la microeconomía y ve en este formalismo la causa de que el economista neoclásico tradicional no preste atención suficiente a la influencia del tiempo y el lugar específicos y al contexto institucional en que se adoptan las decisiones económicas. Un segundo grupo no objeta el formalismo de la microeconomía moderna, sino el que las instituciones sean consideradas típicamente como variables exógenas cuando de hecho son endógenas.

³⁵Roemer, op. cit p.41, citando a Allan A. Schimid, "Law and Economics: An Institutional Perspective", Law and economics.

Bajo los antecedentes planteados es que aparece dicha economía de los derechos de propiedad y costos transaccionales, conocida también como la nueva economía institucional o neoinstitucional, tuvo un origen moderado a fines de la década de 1950 con el trabajo de Armen A. Alchian. Con el apoyo de trascendentales artículos acerca de los costos de las transacciones y de la información, escritos por Ronald H. Coase y George J. Stigler, esta línea de investigación atrajo a otros autores y hacia mediados de la década de 1970, había generado un cuerpo considerablemente creciente de investigación teórica y empírica.

La obra de esta escuela es sensible a la temática organizacional y pretende extender el alcance de la aplicabilidad de la perspectiva tradicional, considerando la forma en que la estructura de los derechos de propiedad y los costos de las transacciones afectan los incentivos y el comportamiento económico.

El cambio en el enfoque analítico adoptado por los nuevos institucionalistas no se ha derivado de ningún intento intencional por configurar un nuevo tipo de doctrina contraria a la teoría convencional, más bien, la tendencia a introducir un mayor detalle institucional en el análisis económico de las leyes, apareció como resultado del reconocimiento de que el análisis neoclásico típico es demasiado abstracto e incapaz de ocuparse efectivamente de muchos problemas actuales de interés para los teóricos y los formuladores de políticas públicas.

Los autores basaron sus estudios en abundante recopilación empírica para deducir leyes de comportamiento de la clase empresarial y del ciclo de los negocios, combinando las categorías propias del análisis económico y de la teoría de las instituciones para estudiar el impacto de la legislación económica, de las instituciones, los valores y la cultura en el comportamiento económico de los individuos y grupos, trascendiendo de este modo los estrechos límites de los enfoques económicos marginalistas y conductistas basados de modo casi exclusivo en el *homo economicus*.

Dichos análisis revisionistas, establecieron que la microeconomía convencional falla en aquellas situaciones cotidianas en las que los costos de las transacciones son mayores que cero, y los derechos de propiedad de los recursos asumen formas diferentes del patrón idealizado cuyas hipótesis fueron formuladas para el capitalismo clásico.

La nueva perspectiva institucional trata, como mínimo, de demostrar que las instituciones son importantes. Cada estructura organizacional distinta afecta los incentivos y el comportamiento, no obstante, las propias instituciones se consideran

como objetos legítimos de análisis económico. Como lo ha expuesto Coase, es posible utilizar la teoría para analizar las instituciones de tal manera que su operación se explique y forme parte integral del modelo económico. La mayoría de los autores han aceptado este último punto de vista y, consecuentemente, intentos recientes por ampliar la placabilidad de la perspectiva tradicional han conducido a nuevos métodos sobre cómo interpretar la doctrina económica aplicada al derecho.

3.2. Metodología.

Como ya se dijo el neo institucionalismo al tener como base el enfoque tradicional, emplea también la misma metodología. Sin embargo, para fines institucionales existen algunos cambios importantes en el método ortodoxo.

1. Individualismo metodológico.- Se da una interpretación completamente nueva al papa de los individuos que deciden dentro de una organización. La colectividad *per se* ya no es el enfoque principal, sino que la teoría de dichas unidades sociales debe comenzar con explicaciones acerca de las situaciones de sus miembros individuales.

2. Maximización de la utilidad.- Al contrario de la práctica ortodoxa, la división entre la teoría de la elección del consumidor y la teoría de la empresa termina, al ampliarse la hipótesis de maximización de la utilidad a todas las opciones individuales, aun cuando dicha persona sea un funcionario público o privado; es obvio que ese directivo tomará sus propias decisiones y perseguirá sus propias metas dentro de los límites permitidos por el sistema en que opera.

3. Racionalidad limitada.- Para enfocarse con mayor precisión las condiciones del mundo real de las instituciones, es importante aceptar que los individuos tienen sólo una capacidad limitada para allegarse y procesar información. Se utiliza el término “racionalidad limitada”, para reflejar que quienes deciden, y cuya racionalidad puede suponerse de manera intencional, no son hiperracionales. Es decir, cualquier información deseada por quien toma las decisiones puede ser obtenida y procesada por él/ella a un costo de cero.

4. Comportamiento oportunista.- Como lo ha observado Williamson³⁶, mientras que la racionalidad limitada impide la celebración de contratos complejos, podría haber una confianza general sobre contratos incompletos si los agentes económicos fueran de mucha confianza. Sin embargo, de hecho, es probable que algunos individuos (directivos o agentes) no sean honrados disfrazando intereses o tomando actitudes dolosas, hechos que son muy difíciles de distinguir y muy costosos establecer a los actores oportunistas de los no oportunistas *ex ante*, la celebración de contratos de cobertura total no se concretará.

Desde el punto de vista institucionalista, si existiera racionalidad ilimitada y no hubiera comportamientos oportunistas, toda contratación económica no tendría sentido; en efecto no habría sentido estudiar las instituciones económicas.

Posner sostiene que los estudios anteriores crean nuevas categorías como la de racionalidad limitada y el impacto de la información y el oportunismo y considera que se está atrayendo nuevas disciplinas hacia la economía, sobre todo la teoría jurídica y organizacional.

3.3. Temas de análisis: Derechos de propiedad, instituciones y costos de transacción.

Los neoinstitucionalistas son críticos de la ortodoxia económica en varios sentidos. Como se mostró, han introducido una psicología experimental para sustituir el utilitarismo y el propio proceso de optimización, lo que hace al individuo un agente menos racional y soberano que el supuesto por la teoría neoclásica. Herbert Simon³⁷ (1986) definió a los agentes ejerciendo una racionalidad acotada o limitada por las carencias de información aludidas y por los propios procesos cognitivos de los agentes.

Eso significa que los agentes disponen de información incompleta, que es costoso conseguir información adicional y que incluso con buena información los modelos mentales de los agentes que la interpretan pueden estar operando de manera equivocada frente a la realidad. Más importante aún es que las instituciones guían su comportamiento, las normas sociales castigan o aprueban sus acciones, de tal modo que las decisiones económicas óptimas sólo se pueden tomar en ambientes institucionales

³⁶Oliver Williamson, **Las instituciones económicas del capitalismo**, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 239.

³⁷<http://www.banrep.gov.co/documentos/presentaciones-discursos/pdf/El-neoinstitucionalismo-como-escuelaFinal3.pdf> : Simon, Herbert. 1986.

propicios a la creación de riqueza. Es posible entonces que no se puedan tomar buenas decisiones cuando las instituciones están montadas sobre sistemas políticos que favorecen a muy pocos, o que no tienen manera de orientar de manera cooperativa los intereses sociales; lo que hacen entonces es propiciar la captura de rentas e incentivar la redistribución de la riqueza y no la generación de la misma.

Los neoinstitucionalistas introducen un concepto que es muy importante para establecer el nivel de fricción en un sistema económico y que está constituido por los costos de transacción. Esta fue un área iniciada desde 1937 por Ronald Coase, en la que observó que las empresas tenían la opción de transar a través del mercado o dentro de sus premisas, donde las operaciones se contabilizaban pero no tenían que ser transadas una a una. Esto lo llevó a señalar que la empresa se organizaba como una jerarquía para ahorrar costos de transacción: “en ausencia de costes de transacción, no existe fundamento económico para la existencia de la empresa”³⁸. Los costos de transar los denominó como “el coste por utilizar el mecanismo de precios”, para afirmar que al hacerlo de esa manera, la empresa contrataba a largo plazo a trabajadores probados, sus administradores también y sus proveedores y compradores estaban envueltos en procesos de contratación flexible y de largo plazo. Sería costosísimo contratar diariamente por una jornada a todos los trabajadores de una empresa industrial, aunque ese método puede resultar adecuado para cosechar tomates. Unos servicios no tenían por qué estar dentro de la empresa y salía más barato subcontratarlos por fuera, como son la vigilancia y el aseo. La empresa entonces saca del mercado muchos de sus procesos, porque sería contraproducente e introduciría mucha inestabilidad estar contratando diariamente trabajadores o administradores.

Coase también relacionó los costos de transar con el intercambio de derechos de propiedad y cómo se podían negociar los costos asociados a estos intercambios entre los agentes, se ha definido los derecho de propiedad como “una acción colectiva en el control, liberación y expansión de la acción individual”³⁹. Autores contemporáneos neoinstitucionalistas, complementan esta idea diciendo que “los derecho de propiedad son las relaciones conductuales sancionadas entre los hombres”. Ciertamente, esta es la idea central del punto de vista de los derechos de propiedad: la estructura particular de

³⁸ Andrés Roemer (compilador), **El Análisis Económico del Derecho**, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 2000, cita a Coase, Ronald. 1991. **La empresa, el mercado y la ley**.

³⁹ Romer, “Introducción al ...”, p. 47.

los derechos de propiedad en una economía influye sobre la asignación y utilización de los recursos. En efecto, las asignaciones de los derechos de propiedad especifican las normas de comportamiento respecto a objetos que cada persona debe observar en su interacción con otras personas o, en ciertos casos, cargar con los costos de incumplimiento. En tal virtud, los derechos de propiedad poseen un valor económico y deben ser respetados en forma socialmente reconocida. La situación general puede considerarse de esta manera: el sistema de derechos de propiedad adoptados dentro de una sociedad, ofrece un mecanismo para asignar a individuos específicos la autoridad para decidir cómo pueden ser usados los recursos en cuestión.

Por lo tanto, el sistema de derechos de propiedad determina, a través de precios explícitos o implícitos, cómo los beneficios y los daños resultantes de una decisión se asignan entre quien decide y otros individuos; así, el sistema contribuye a definir la estructura de costos y recompensas y a establecer las expectativas de que los individuos en forma concurrente retengan derechos diferentes al uso de un recurso en particular.⁴⁰

Los costos de transar son considerados nulos por los economistas Neoclásicos y, sin embargo, al hacer un análisis más profundo aparecen en gran forma los costos legales, de ejecución, de vigilancia y los costos de información, de cuya observación ha surgido una teoría que constituye el aporte de George Akerloff y de Joseph Stiglitz a la ciencia económica. Los gobiernos que impiden la profundización de los mercados por favorecer intereses particulares o que permiten una alta inflación están generando mala información que conduce a que muchos agentes tomen decisiones equivocadas sobre su producción y ventas que los empobrecen. En el caso de la inflación, la señal de precios viene falseada por el exceso de demanda monetaria y da lugar a reacciones inapropiadas de los productores. Hay negocios en los que uno de los agentes tiene una información de la que carece el otro y lleva a que este salga perjudicado, lo que se entiende como información asimétrica. En un medio racionado por el gobierno, los accesos a ese tipo de bienes proveen una renta que es compartida a veces con el funcionario que rubrica el

⁴⁰En la práctica, el conjunto de derechos al uso de un recurso se reparte típicamente de tal forma que diferentes individuos tienen de manera concurrente derechos también diversos al uso de un recurso específico; por ejemplo, la renta de una parcela asigna diferentes derechos al arrendador y al arrendatario. Los propietarios de las parcelas adyacentes pueden tener el derecho de caminar a través de la parcela y todos los individuos que pertenecen a la comunidad pueden ejercer en común el derecho a volar sobre la tierra y fumigar. Las leyes contractuales se ocupan de la asignación de derechos entre las partes contratantes, mientras que las leyes de daños y obligaciones se ocupan de los conflictos que se presentan cuando el ejercicio de los derechos por parte de uno o más individuos perjudica a los poseedores de otros derechos.

privilegio. La información misma es costosa y el agente nunca sabe cuándo ha recopilado suficiente de ella para tomar buenas decisiones.

Existen también los costos de emprender negocios, de lo que ha surgido una teoría económico-legal sobre los contratos y qué pasa cuando estos son cumplidos a medias o incumplidos, los costos de vigilarlos y hacerlos cumplir, donde se vuelve a unir la economía y las instituciones legales de la sociedad. Todos sabemos que las empresas cuentan con oficinas jurídicas o contratan continuamente a los bufetes de abogados.

Más importante para el funcionamiento adecuado del sistema capitalista es contar con un sistema de justicia imparcial y eficiente que garantice que los conflictos son resueltos rápidamente y en función de sus méritos. Que todo conflicto sea mediado por una tercera parte, en palabras de North, que deje a todos los litigantes relativamente satisfechos. Si la justicia es de mala calidad y plagada de ineficiencia, habrá miles de negocios que nunca se llevan a cabo, los seguros serán prohibitivos y proliferarán los litigios que se resuelven de manera privada o recurriendo a parajusticias y, de nuevo, a la venganza que no a la justicia.

3.4. El concepto de eficiencia para la perspectiva neoinstitucional.

Existen divergencias entre la realidad y el modelo de competencia perfecta., así también existe una diferenciación entre el método de la perspectiva tradicional y el de los neoinstitucionalistas. Efectivamente la corriente tradicional, busca la eficiencia en términos de Pareto, y un sistema económico es de competencia perfecta, en términos de Pareto, si cumple con las siguientes propiedades: 1) costos de transacción iguales a cero, además de que quienes deciden operen con “racionalidad ilimitada”; 2) todas las instituciones son del tipo de renta pura; 3) los arreglos institucionales no desempeñan papel alguno en la determinación de las soluciones de equilibrio, no obstante si fuese el caso, al utilizar cualesquier institución debe permitir la realización de las condiciones para la optimalidad de Pareto.

Por otro lado, los autores neoinstitucionales observan el mundo real, en el sentido que los costos de transacción son mayores que cero y que los sistemas alternativos de derechos de propiedad existen, por ello es que se busca generalizar a la teoría neoclásica, pretendiendo además incluir en cualquier modelo de equilibrio todas

las restricciones que deben enfrentar quienes deciden al tratar de maximizar los beneficios.

De tal manera, se define la eficiencia así: “(...) es la maximización restringida. Las condiciones de eficiencia se ven como las propiedades de una solución determinada (equilibrio), implicada por una construcción teórica dada. De acuerdo con este punto de vista, las soluciones de un sistema son siempre eficientes si satisfacen las restricciones que lo caracterizan”⁴¹

Así pues, dado un conjunto de organizaciones, la solución resultante del problema económico es eficiente. Instituciones con diferentes estructuras jurídicas arrojan típicamente soluciones inexistentes, y el sistema institucional que se adopte depende de las reglas para seleccionar instituciones.

La perspectiva tradicional para tomar en cuenta sistema de derechos de propiedad y costos de las transacciones tiene ventajas metodológicas: en primer lugar, derivar opciones de negocios que construyen quienes deciden dentro de la empresa, ha terminado con la aparente división entre la teoría del consumidor y el productor.

En segundo lugar, considerar la restricción institucional apropiada ha permitido que la teoría se más realista y está otorgando mayor credibilidad empírica. Por ende, se ha logrado generalizar la teoría económica, siendo posible aplicarla en más casos.

4. La perspectiva de la elección pública.

Para quienes miran a esta perspectiva desde el punto de vista de la política, la definen como el estudio de la forma en que los gobiernos proveen los bienes públicos⁴². Además, se puede entender a la elección pública como la elección social o la elección racional, la primera como el estudio de los procesos de adopción colectiva de decisiones y la segunda como cualquier análisis que postule que los individuos actúan racionalmente para maximizar sus preferencias, no obstante, para el estudio de la ley y la economía, esta perspectiva se entiende como el exposición económica de la adopción de decisiones que pertenecen a situaciones de no mercado, o simplemente, la aplicación de la economía a la ciencia política.

⁴¹Ibid., p.53.

⁴²Es decir un servicio o un bien que al ser proporcionado por una persona, puede volverse a accesible a otro sin costo adicional, lo cual implica no rivalidad y no exclusión en el consumo del bien o servicio.

James Buchanan⁴³, en “Ensayo sobre economía política”, dice sobre la la elección pública: “No es un "método" en el sentido usual del término; es decir, no es un conjunto de herramientas, ni una aplicación particular de las herramientas estándar con métodos estándar, aunque nos estamos acercando ligeramente a esta última descripción. La elección pública es una perspectiva acerca de la política que surge de una extensión y aplicación de las herramientas y métodos de los economistas a la toma de decisiones públicas o colectivas”.⁴⁴

El *public choice* o la teoría de la elección pública, como señala Pedro Mercado Pacheco⁴⁵, busca cubrir los vacíos teóricos de la economía neoclásica y la economía del bienestar, pues estas no se habrían ocupado de los agentes económicos (productores y consumidores) en la esfera pública.

Ciertamente, al analizar la teoría de la elección pública se podría decir que existe mayor relación con la política y no con el Derecho, mas es evidente que el public choice toma como espacio la economía pública y, por tanto, el complejo sistema jurídico institucional que ordena la toma de decisiones del Estado en el ámbito económico, su objeto de estudio es el mismo que el de la ciencia política, la teoría del Estado, las reglas de los comicios, el comportamiento de los votantes, la política de los partidos, la burocracia, etc., sin embargo, la metodología es la misma que la Economía. El postulado del public choice, al igual que la economía es que el hombre es egoísta, racional y maximizador de la utilidad (definición del *homo economicus*).

El objetivo de la perspectiva de la elección pública es establecer que el Estado no es un eficiente corrector de los fallos del mercado, de hecho esta figura construye una “teoría de los fallos del sector público” paralela a la de los fallos del mercado.⁴⁶

⁴³Economista norteamericano, obtuvo el Premio Nóbel de Economía en 1986, por su desarrollo de las bases contractuales y constitucionales de la teoría de la adopción de decisiones económicas y políticas.

⁴⁴ <http://www.eumed.net/cursecon/textos/buchanan-elecc-publica.htm>

⁴⁵Mercado Pacheco, op cit., p. 218. Él hace referencia a Buchanan en la siguiente cita: “La public choice, no es otra cosa que un esfuerzo de formulación de una teoría general de la economía pública que permite realizar en el ámbito de la elección pública lo que se ha hecho desde hace mucho tiempo a nivel de la microeconomía del mercado. Se trata de complementar la teoría de la producción y del intercambio de los bienes o servicios mercantiles con una teoría equivalente y, en la medida de lo posible, compatible con el funcionamiento del mercado político (...). Mientras que todos los modelos tradicionales tratan las decisiones económicas como variables endógenas al sistema, pero consideran las decisiones políticas como factores exógenos sobre cuya lógica y producción no se plantean preguntas, el espíritu de la Public Choice consiste en reintroducir estos dos aspectos de los comportamientos humanos en un modelo único que tenga en cuenta que los que experimentan los efectos de las decisiones políticas son también los mismos que eligen a los que toman las decisiones por ellos”.

⁴⁶James Buchanan, en <http://www.banrep.gov.co/documentos/presentaciones-discursos/pdf/El-neoinstitucionalismo-como-escuelaFinal3.pdf>

De esta manera, la teoría de la Elección pública introduce las instituciones y los procesos de decisión política como variable fundamental del análisis económico. El análisis de las instituciones y de su funcionamiento es lo que permitirá evaluar cuáles sean los fallos del sector público de la economía en la asignación y distribución de los recursos. En concreto, en la perspectiva de la elección pública se convierte en problema central el análisis y explicación de la razón por la que los objetivos trazados en la política gubernamental no se alcanzan, y cuál es la relevancia en ese fracaso del proceso institucional a través del cual se llevan a cabo. La crítica que la Economía del Bienestar dirigió a los supuestos irrealistas del modelo de competencia perfecta, es completada, según la escuela de la elección pública, con la crítica a los supuestos irrealistas con los que se trabajan en la economía del bienestar.

4.1. Historia.

Ejan Mackaay⁴⁷, describe de manera didáctica las etapas por las que ha transitado el AED, distinguiendo dos períodos el movimiento primario y el movimiento secundario, el primario compuesto por el paradigma propuesto (1958-1973), paradigma aceptado (1973-1980) y el paradigma preguntado (1976-1983); y el movimiento secundario que va desde 1983 hacia adelante.

La teoría de la elección pública ubica su inicio en 1966 en una revista económica denominada, *papers on Non-Market Decision Making*. Es decir corresponde a los inicios mismos del AED, empero las investigaciones entorno a este tema persisten aún en la actualidad, es por ello que para algunos autores la public choice es una perspectiva aún en perfeccionamiento y de poca aplicabilidad⁴⁸.

Sin embargo dos años más tarde, en 1968 se cambió el nombre por el de *Public choice*. Dentro de este período se creó la Sociedad de Elección Pública. En realidad, el

⁴⁷Ejan Mackaay “history of law and economics”, **Enciclopedia of law and Economics**, *University of Montreal* 1999, p. 71.

⁴⁸Roemer, Andrés, (Introducción al...),p.57, citando Dennis Muller, *Public Choice*, Cambridge University Press, 1979: Muller ha sugerido que las proposiciones derivadas de los modelos de elección pública es contingente al compararse con los modelos no económicos que tratan de explicar los mismos fenómenos, él afirma: “Es una práctica común en la economía “someter a prueba” una hipótesis verificando si los resultados son congruentes con ella, sin explorar si son también congruentes con otras hipótesis con las que pudieran entrar en conflicto. Estando de acuerdo en que tal vez es injusto someter la teoría de la elección pública a estándares más elevados que las otras ramas de la economía, no pienso que sea suficiente con esta metodología. Para demostrar que la elección pública tiene algo útil que aportar a la literatura empírica existente sobre las finanzas y las políticas públicas, sus modelos deben compararse con los modelos vigentes, que omiten consideraciones acerca de la elección pública. A menos que los modelos derivados de la elección pública puedan funcionar mejor que los modelos tradicionales *ad hoc* con los que compiten, la relevancia práctica de sus teorías debe ponerse un poco en tela de juicio”.

trabajo formal en la teoría de la elección pública comenzó por lo menos una década antes de la aparición de la revista en 1966. Sin embargo, en ese año, era difícil prever la trascendencia que iba a cobrar la Sociedad de Elección Pública para consolidarse no sólo en Estados Unidos sino también en Europa Occidental, Australia y Japón; esta sociedad recibiría, tan sólo veinte años más tarde, el Premio Nóbel de Economía en reconocimiento a los aportes de James Buchanan.

4.2. Temas de análisis.

Algunos modelos de elección pública manejan el proceso legislativo como un sistema microeconómico en el que las elecciones políticas reales se determinan según los esfuerzos de individuos y grupos para promover sus propios intereses. Los autores de esta perspectiva dicen que, el supuesto básico es que los impuestos, subsidios, regulaciones y otros instrumentos políticos se utilizan para aumentar el bienestar de los grupos de presión más influyentes, por ejemplo los sindicatos de trabajadores cuando presionan al gobierno para el aumento de salarios y en contrapartida encontramos a los empresarios en la procura de la disminución de los mismos, o cuando los consejos provinciales buscan mayores recursos para sus circunscripciones, etc.

La otra rama describe el papel de los grupos de poder. En la medida en que los votantes carecen de información perfecta acerca de la conducta de un legislador o de cualquier mandatario, su respaldo financiero, publicidad y apoyos cobran mayor importancia.

La teoría económica de los grupos de interés puede asociarse con la teoría de la *acción colectiva*⁴⁹, donde se hace notar que a menos de que el número de personas en un grupo sea suficientemente pequeño, o a menos de que exista la coerción o algún otro incentivo especial para que los individuos actúen en pro de un interés común, los seres racionales guiados por su propio interés no actuarán para lograr el interés común o de grupo.

La validación de esta teoría parte de la premisa de que los individuos tienen intereses puramente personales diferentes de los de otros miembros del grupo con quienes comparten un interés común. Debido a que cada individuo contribuye sólo en pequeña escala a la acción colectiva de un grupo, el retiro de dicha contribución no se considerará importante para el éxito o fracaso esperado de la empresa en su conjunto. Si

⁴⁹ *Ibíd.*

la meta común tiene características públicas, especialmente la de la imposibilidad de exclusión, el “problema del polizón” (free rider), obstruirá a los grupos de interés en su intento por comprometerse en una acción colectiva.

El problema del oportunista enfatiza la imposibilidad de organizar grandes grupos de individuos para la realización de bienes públicos. En tal sentido, dentro de la perspectiva del public choice, se argumenta que el dominio de la actividad política debería corresponder a pequeños grupos de individuos que tratan de beneficiarse comúnmente a expensas de otros.

Estos grupos de interés se definen como buscadores de rentas que gastan recursos en escenarios institucionales en donde los intentos por transferir la riqueza generan despilfarro social en vez de excedente social, y no es poco frecuente que lo hagan a través de la invasión de mercados políticos. Se debe tomar en cuenta que en todos los criterios del public choice se tiene en común el rechazo de la ideología como factor significativo en el proceso político.

Otra rama de la elección pública se ocupa de la incoherencia de los esquemas de votación mayoritaria. Parte de esta escuela se muestra significativamente decepcionada en relación con la viabilidad de la regla de la votación mayoritaria, en la legislatura o en cualquier otra instancia.

La “paradoja de Arrow”, es la parte que más sistemáticamente explica la inconformidad de la votación mayoritaria. Él demostró que en general es imposible diseñar instituciones que sumen las preferencias de los individuos en forma consistente con un conjunto de condiciones razonables, él demuestra que ningún método para combinar las preferencias individuales puede satisfacer requisitos como los siguientes:

1. Racionalidad mínima: Si la sociedad prefiere A a B y B a C, entonces la sociedad prefiere A a C.

2. Pareto superior, si una persona prefiere A a B y ninguna otra persona le importa, entonces la sociedad prefiere A a B.

3. La no imposición dictatorial: las preferencias de la sociedad no se dictan de manera simple por los deseos de una sola persona.

4. La independencia de alternativas irrelevantes: si C no está incluida en la agenda, y si A es preferible a B no debiera depender de cómo cualquiera de ellas se compara con C.

5. La aplicabilidad universal: el método tiene que funcionar para cualquier combinación posible de preferencias individuales, y no tan solo en situaciones particulares.

En efecto, lo que Arrow demuestra con lo anterior, es que a nivel agregado es imposible llegar a consensos racionales en la designación de un acuerdo político. Por poner un ejemplo, suponiendo que tres votantes A, B y C, tienen tres opciones, votar por X, Y o Z. Suponiendo que el orden de preferencia es A: X, Y, Z; B: Y, Z, X y C: Z, X, Y. es decir si se buscara una mayoría no existiría un ganador, esta paradoja ilustra el problema descrito por Arrow, en el sentido de que en general ningún método de votación, ni cualquier otro método para llegar a decisiones sociales, puede evitar la posibilidad de dichos resultados paradójicos⁵⁰.

De manera similar, en una legislatura, las paradojas en la votación pueden evitarse si las alternativas son unidimensionales y las preferencias de los votantes son tales que cada uno de ellos tiene una alternativa preferida o un punto ideal, y muestra predilecciones alternativas cercanas, más que lejanas, de ese punto ideal; el resultado es la mediana de los puntos ideales. La mediana es el resultado porque recibe, por lo menos, una mayoría de votos contra cualquier alternativa a su izquierda. De manera análoga, recibe por lo menos una mayoría contra cualquier alternativa a su derecha.

El aporte de esta perspectiva es justamente salvar a las elecciones y decisiones políticas de estas contradicciones formulando agendas, estructurando decisiones, etc.

4.3. Metodología.

La filosofía de la elección pública usa la misma metodología de la teoría marginalista contemporánea. Sin embargo, para el enfoque de Buchanan (el enfoque de la escuela de Virginia), hay ciertas características distintivas:

1. Análisis de sistemas cerrados. La elección pública percibe su enfoque como extensivo más allá de los límites concebidos por la teoría económica neoclásica y en un examen de las restricciones políticas, jurídicas y sociales que típicamente se consideran como dadas en la economía neoclásica.

⁵⁰ Una agenda establecida salvaría la paradoja, como por ejemplo 1) si X contra Y (X gana), 2) X contra Z, Z gana. En consecuencia Z, gana.

Desde un punto de vista metodológico, la teoría de la elección pública representa un movimiento hacia el análisis de los sistemas cerrados. En la economía neoclásica las decisiones políticas y, por ende quienes toman decisiones de poder, son percibidos a menudo como exógenos a la actividad económica, mientras que en la elección pública convencional son endógenos.

2. Individualismo metodológico. La teoría de la elección pública utiliza el individualismo metodológico en la creencia de que ningún valor social discernible existe independientemente de los valores individuales. En esta perspectiva se cree que las acciones individuales ofrecen la única guía económica para evaluar la elección colectiva. Al respecto Buchanan dice: “A mi modo de ver una posición metodológica congruente no permite la formulación de normas no individualistas, sea en la asignación o en la distribución (...) cuando se introducen normas no individualistas, se abandona el campo de la economía, según mi definición de esta disciplina”⁵¹.

3. Criterio de consenso unánime. Al afirmar lo partidarios de la elección pública que los valores sociales no existen independientemente de los valores individuales en la sociedad, el consenso o unanimidad es la única prueba que puede asegurar que un cambio sea benéfico. En tal virtud, se adoptan la regla de Pareto, para las decisiones grupales, conforme a lo cual, un cambio jurídico preferido, o sea un cambio en los derecho y normas relacionadas con políticas específicas), sería adoptado sólo si cuenta con un consenso unánime. Al reconocer que algunos individuos pueden ser dañados por alguna modificación en la política y, por tanto, votan contra ésta para impedir su aceptación, los autores de la elección pública han adoptado el criterio de compensación, el cual es conocido como el principio de Kaldor-Hick, el cual manifiesta que los posibles ganadores, compensarían a los posibles perdedores y aún así habría ganancia.

4. Énfasis en el intercambio. El enfoque normativo de la teoría de la elección pública, se centra en el proceso de intercambio y desvía la atención de la elección, que es la preocupación usual de la perspectiva tradicional del AED. Lo que se trata de argumentar con esto es que, en la medida en que los derechos de propiedad son especificados por adelantado, los intercambios auténticos pueden producirse, con ganancias recíprocas para todas las partes. Sin embargo, en la medida en que los

⁵¹James Buchanan, **What kind of Redistribution Do We Want**, Economical, pp. 188.

derechos existentes se someten a una redefinición continua por el Estado, nadie tiene incentivos para organizar e iniciar negocios o contratos, es decir es un problema de distribución de las ganancias por parte de las entidades públicas.

4.4. La eficiencia en la perspectiva de la elección pública.

La eficiencia para Posner, y de hecho en gran parte para los seguidores del programa tradicional de análisis económico del derecho, se evalúa haciendo referencia a resultados específicos finales, dada una distribución inicial de los derechos (Pareto, Pareto superior y Kaldor-Hicks). Se considera a los observadores externos capaces de llevar a cabo una evaluación objetiva de la eficiencia o bien de arreglos institucionales específicos. La eficiencia en la escuela de la public choice, es un concepto completamente diferente, contractualista, subjetivo y orientado hacia el proceso. Si la única evaluación pertinente es la elección que influye en el costo enfrentado subjetivamente por las partes frente al cambio real o potencial, los observadores externos no pueden determinar si los intercambios observados se quedan cortos o superan el patrón alcanzable. El hecho de que no se consuma el intercambio demuestra que los recursos se encuentran asignados a sus usos de más alto valor. La eficiencia, dadas las instituciones, queda asegurada mientras las partes sean libres de involucrarse o no en el mecanismo de intercambio. En definitiva, el concepto de eficiencia para Buchanan no es una tautología, dadas las oportunidades para la reforma institucional tanto a nivel del proceso político normal como a nivel constitucional de mayor jerarquía.

5. La perspectiva de los estudios de la crítica jurídica.

En la década de los sesenta aparece a la par del AED, un nuevo movimiento intelectual en teoría jurídica, que se presenta a sí mismo como teoría alternativa a la visión del derecho hasta entonces vigente, dicho movimiento intelectual en teoría jurídica, se presenta a sí mismo como teoría alternativa a la visión del derecho hasta entonces vigente.

Este movimiento comparte el rechazo a una visión del derecho considerado autónomamente respecto a otras realidades sociales, y utilizan las ideas y los métodos de otras disciplinas en el análisis de la realidad jurídica. Es decir tanto el AED como los

Estudios de la Crítica Jurídica (en adelante ECJ), son movimientos interdisciplinarios, empero, mientras el AED acoge los métodos y categorías propias de la economía, y más específicamente de la teoría microeconómica neoclásica del Bienestar, el ECJ utiliza como argumentos de crítica del orden jurídico dominante ideas de distinto origen y naturaleza. Normalmente son argumentos derivados de la filosofía política y social de origen variado, en los que se detectan las influencias del pensamiento marxista y de autores tan variados como Foucault o Nietzsche.

Mercado Pacheco, también incluye entre las nuevas tendencias de la jurisprudencia especialmente americana las llamadas teorías “rights-based”⁵², que se refieren a todas aquellas contribuciones que derivan de las teorías desarrolladas en el campo de la filosofía moral y política por autores como Rawls, Nozick y Dworkin. La característica general de estas teorías es considerar el derecho desde los ámbitos de la reflexión moral. No han desarrollado una teoría explicativa positiva del derecho, no se preguntan cuáles sean las funciones que el derecho cumple en la sociedad, su tarea es la de diseñar lo que se pueda llamar sociedad justa. Es esa la razón por la que, en principio, quedan fuera de este trabajo, aunque se hará inevitable referencia a ellas, sobre todo teniendo en cuenta que algunos de sus autores más significativos, se han referido al AED para criticarlo desde posiciones que él defiende en el ámbito axiológico o normativo.

En efecto, tanto el AED como la ECJ se muestran contrarios a la consideración del derecho como una disciplina autónoma de las demás ciencias sociales. Si este es el punto común de ambos movimientos, su alejamiento comienza en las alternativas que cada uno de ellos presenta a un estudio interdisciplinar del derecho y su posición frente a la teoría jurídica tradicional.

La negación del carácter autónomo del derecho realizada por los autores de ECJ tiene un fundamento diverso. Parten de la base de que el derecho es una institución social, y no un conjunto normativo.

5.1. Temas característicos.

1. La escuela de ECJ constituye un ataque sostenido a toda clase de formalismos, por ende no tiene métodos específicos como las otras escuelas. Los partidarios de esta escuela tratan de demostrar la indeterminación de la doctrina jurídica; cualquier

⁵² Mercado Pacheco, op. cit., p. 173.

conjunto dado de principios jurídicos puede ser utilizado para arrojar resultados contrastantes o contradictorios. Para los autores de los ECJ, la precisión y lo predecible de las normas invitan a individuos anárquicos a actuar antisocialmente tan cerca como puedan de la línea de la ilegalidad. Es decir los delincuentes, a sabiendas de que existen normas, las violan hasta encontrarse hasta el borde de la ilegalidad. Además, el formalismo y el legalismo no son más que una fachada para la opresión de los débiles por los poderosos.

2. El movimiento es “neomarxista”. Trata de demoler el “liberalismo” al que considera como el *statu quo* y como una manera de explotación e injusticia. Como neomarxistas, rechazan la idea marxista tradicional de que la ley implica la burda opresión de la clase dominante. Para los autores de ECJ, el derecho es política y, en consecuencia, a su modote ver, el derecho sirve a un propósito ideológico que es enmascarar la explotación con una justicia aparente, de tal forma que induce a que los explotados apoyen al “sistema” y a su propia opresión; así el derecho “legitima” la estructura de clases. Los autores de ECJ tratan de exponer cómo el análisis y la cultura jurídica mistifica al sistema operante y legitima sus resultados.

3. El movimiento es utópico y teórico. Sus expositores rechazan ofrecer o considerar programas específicos. Ellos son jurisconsultos en búsqueda de la idea última que explique un mundo lleno de asperezas. Para estos autores, el Estado, y con Él el juez, están condenados a desaparecer a medida que la gente cobre conciencia de su fraternidad.

4. Esta escuela muestra preocupación por las “jerarquías”, a las que normalmente caracteriza como “jerarquías ilegítimas”. ECJ se empeña en un análisis histórico y socioeconómico para identificar cómo los grupos de interés, clases sociales o atrincheradas instituciones económicas se aprovechan de las decisiones jurídicas a pesar de la indeterminación de las doctrinas legales.

5.2. Diferencias entre la perspectiva tradicional del AED y el Derecho y ECJ.

Como ya se explico, las diferentes perspectivas del AED y la ECJ como movimientos académicos son radicalmente diferentes, poseen divergentes concepciones acerca de la naturaleza del derecho y de la conducta humana. El AED defiende que los individuos son seres racionales que se comportan de maneras distintas que tienden a maximizar su interés propio. En la perspectiva económica, la ley ejerce esencialmente

una función de incentivo para recompensar la conducta que incrementa la eficiencia y castiga los errores de ineficiencia. En cambio, para los autores del ECJ, el concepto económico de comportamiento racional depende de una perspectiva ideológica subyacente que trata de justificar y explicar la desventaja y el privilegio como consecuencia de una elección racional privada. Estos autores argumentan que el comportamiento es racional sólo porque va de acuerdo con una ideología política específica. De la misma manera argumentan que las formas liberales tradicionales de análisis jurídico fallan por la incoherencia de opciones fundamentales acerca de la necesidad y búsqueda de la intervención del poder coercitivo del Estado sobre la voluntad libre del individuo.

Existe también divergencia entre las dos perspectivas respecto a la posibilidad de construir explicaciones objetivas y coherentes sobre cómo opera el derecho dentro de la sociedad.

Mientras que los autores de la escuela del AED concuerdan en que el pensamiento jurídico tradicional es insuficiente y debe preocuparse por cuestiones que impulsen el crecimiento económico, los autores de ECJ sostienen que el conflicto entre la regulación y el mercado puede resolverse mediante reglas elaboradas por los jueces que efectúen distinciones precisas entre asuntos de asignación y distribución, adoptando supuestos de comportamiento que presuman la racionalidad y alentando a los jueces a ignorar las preocupaciones utilitaristas a favor de las preferencias distributivas.

En resumen el indicativo del AED es: “el derecho es eficiencia”, y la ECJ dice: “el derecho es política”, es decir las dos teorías tienen una visión contraria de cómo entender la ley, desde el punto de vista epistemológico.

Para Heller⁵³, son cuatro las premisas que explican los ataques que la ECJ lanza contra la escuela del análisis económico del derecho, a la vez que son los principios del pensamiento liberal que los teóricos usaron para legitimar el proceso y contenido de la adopción de decisiones en el campo jurídico:

1. La satisfacción de las preferencias individuales es la única justificación normativa de las decisiones del Estado.

⁵³Roemer, Andres, op. cit., citando a Heller, Tom, “*Is the Chariotable Exemption...?*”, pp. 184. Este autor dice: “La escuela del derecho y la economía debiera entenderse no simplemente como una herramienta de análisis, sino como una jurisprudencia que responde a una diversidad de dificultades que se perciben en anteriores formulaciones de las teorías liberales del Estado sobre el derecho”.

2. Los costos de producción deberían distribuirse en proporción al uso de los bienes

3. La propiedad sólo puede ser transferida si la persona que pierde el derecho de propiedad recibe una compensación adecuada, y;

4. El argumento positivo justifica las decisiones, no así el argumento negativo

Dichos argumentos se basan en el hecho de que existe endogeneidad de las preferencias y el problema de los precios de oferta/demanda se convierten en temas centrales porque la teoría jurídica liberal requiere preferencias fijas y un procedimiento claro y transparente para determinar la cantidad óptima de compensación que debiera recibir el propietario agraviado.

5.3. Semejanzas entre la perspectiva tradicional del AED y ECJ.

Aunque son muy pocas, en parte la escuela de ECJ en varias ocasiones se asimila con el AED, porque ambas cobran notoriedad como movimientos académicos en escuelas de derecho contemporáneas, y en parte porque cada una de ellas representó un ataque contra la postura dominante de las escuelas de leyes de aquella época: centrista, enfocada en el estudio de la norma y el proceso jurídico.

Además, la escuela del AED fue concebida frecuentemente no sólo como representante de un nuevo método de pensamiento sobre las cuestiones jurídicas, sino como un ataque frontal de la derecha contra los puntos de acuerdo de una política liberal moderada sobre la propiedad; mientras que la ECJ fue considerada frecuentemente como el ataque de la izquierda contra esas mismas políticas.

Por otro lado, tanto la escuela de derecho y economía como la ECJ se unen en el rechazo que hacen de la noción del derecho como ideal público, las dos están dispuestas a tomar al derecho en sus propios términos y aceptarla adjudicación como un arreglo institucional en el que los funcionarios públicos tratan de elaborar y proteger los valores que mantienen en común los ciudadanos.

Al respecto Posner advierte: “El sustento de la fe en la autonomía del derecho como disciplina se echo por la borda en los últimos 25 años. El espectro de la opinión pública en las escuelas de leyes – que en 1970 ocupó una franja estrecha entre un liberalismo suave y un conservadurismo también suave- abarca hoy en día desde el

marxismo, feminismo, nihilismo y anarquismo de izquierda hasta un liberalismo económico y político y un fundamentalismo cristiano de derecha”⁵⁴.

CAPÍTULO III

1. ANÁLISIS ECONOMICO DEL DERECHO: UNA APLICACIÓN AL ÁMBITO PENAL.

1.1. Introducción.

Luego de revisar las principales perspectivas del AED, se puede establecer que la teoría del crimen, analizada desde la óptica económica, está vinculada con la teoría tradicional. A continuación se desarrollará con mayor profundidad dicho vínculo: el análisis económico de actividades de no mercado y, en particular, su aplicación para el estudio del comportamiento criminal.

El análisis económico del crimen parte de un simple supuesto, el potencial delincuente es, como la mayoría de seres humanos, es un individuo racional⁵⁵. Posteriormente, se dará a conocer que mediante el uso de herramientas económicas se puede predecir la reacción de los delincuentes ante las distintas normas e instituciones existentes. Esto, nos permite evaluar la eficiencia de las diversas propuestas en la materia, para elaborar políticas públicas eficientes que coadyuven a combatir de manera sistemática al problema de la delincuencia y de la inseguridad.

2. La perspectiva tradicional como base del estudio del AED aplicado al ámbito penal

2.1. Historia del análisis económico del Derecho aplicado al ámbito penal.

2.1.1. Cesare Beccaria.

⁵⁴Roemer, (“Compilación del ...”), p.287.

⁵⁵El criterio de racionalidad es compartido por la mayoría de autores, como la base indiscutible del modelo económico de criminalidad, véase por ejemplo, los trabajos de Mariano Tommasi, en Economía y sociedad, editorial civitas, Madrid, 2006.

Él es considerado como uno de los primeros analistas económicos de la ley penal⁵⁶, a partir de su estudio “De los delitos y de las penas”, entendió cabalmente la condición racional de los seres humanos, aquella que los induce a perseguir o desistir de un objeto en la medida en que el mismo les resulte provechoso o negativo. Además este filósofo pretendía mostrar que el objeto de la ley debe ser la máxima felicidad repartida entre el mayor número, y concluye que las penas sólo se justifican cuando son útiles y necesarias para la seguridad y el buen orden de la sociedad, siendo de esta manera una manera óptima de cuidar al criminal, pues para el criterio económico de aquella época, no sólo que esta persona estaba investida de derechos y obligaciones, sino que era un posible obrero, o campesino, quien podía ser considerado como productivo.

Por ello lo más eficiente para este autor, no sólo es crear normas que castiguen cuando se ha obrado incorrectamente, sino también se debe sancionar leyes como el medio idóneo para que otros no cometan el mismo delito; es decir la sanción normativa es un método utilitario. También, como no todos los delitos resultan igualmente dañosos para el bien público, es condición necesaria que las penas sean proporcionales al daño social del delito⁵⁷.

Un aporte interesante de Beccaria es la propuesta de una ecuación para determinar en qué momento una pena deja de cumplir su función. Él dice: “que el valor esperado del delito es igual al “bien” perseguido por el delincuente, multiplicado por la probabilidad de que dicho “bien” se obtenga (o, lo que es lo mismo, el valor absoluto del “bien” perseguido menos la probabilidad de no obtenerse). Luego, debe tomarse el “mal” de la pena prevista y multiplicarse por la probabilidad de que la pena resulte impuesta (la infalibilidad de la pena). Si el valor resultante es mayor al primero, entonces la pena prevista consigue su objeto. La ecuación resultante sería de la siguiente:

$$(1) \quad M (1-P) > B (1-P)$$

⁵⁶Roemer, op. cit. Nota p.7. “Aun cuando el análisis económico de Bentham sobre el crimen tuvo como precursor a Beccaria, tal como lo señala Posner, el análisis de Beccaria fue mucho menos sistemático que el Bentham fue mucho menos sistemático que el de Bentham”.

⁵⁷Núñez Trujillo, op. cit. Sobre Beccaria (1984/1764): “Para que una pena consiga su efecto basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito; y en este exceso de mal debe calcularse la infalibilidad de la pena y la posible pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y por tanto tiránico. Los hombres se rigen por la repetida acción de los males que conocen y no por la de los que ignoran”.

Siendo en la ecuación, M el mal y B el bien, Beccaria diría: “el objeto de la pena es el terror de los otros hombres”⁵⁸, basta, para que este miedo sea “útil”, es decir, lo induzca a no cometer la conducta punible, que el valor esperado de la pena, es decir la pena por la probabilidad de su imposición (“el mal”), sea ligeramente mayor que el valor esperado del delito (“el bien”). Esta manera sistemática de analizar las penas, si bien parece obvio en nuestra época, no lo era en aquel entonces, mas la importancia de estas reflexiones es el de dar una base al AED moderno y el de ser un aporte a las teorías que en lo posterior desarrollaran los economistas marginalistas.

2.1.2. Jeremy Bentham.

En definitiva la corriente utilitarista se inicia con los planteamientos de Bentham, él es su cabeza visible⁵⁹. Analizó de manera radical las consecuencias de la revolución moral que giraba entorno al lucro, indicando que la utilidad, expresada a través del placer, la felicidad y la conveniencia y la desutilidad son susceptibles de ser calculadas de forma precisa, reduciéndose la expresión del resultado a cantidades monetarias, este avance permite concatenar los avances del pensamiento doctrinario con la realidad coyuntural de la época, es decir la realidad mercantilista.

El aporte fundamental de Bentham está recogido en su ensayo “La psicología del hombre Económico”, al entender que el hombre centra su actuar en el principio de autoperferencia, que puede presentarse con el carácter de axioma, es decir, tan evidente por sí mismo que no necesita demostración; no obstante para otros, es un principio que, por muy claro que sea, requiere demostración, cosa que a este filósofo le parece de poca importancia, pues da por sentada la existencia de esta búsqueda individual⁶⁰.

⁵⁸ Ídem

⁵⁹Jeremy Bentham, **Escritos económicos**, La psicología del hombre económico, Fondo de cultura Económica, México 1965.p.15. El utilitarismo parte de los siguientes presupuestos: 1. Ningún principio moral para la acción es válido. Su justificación debe buscarse, por el contrario, en sus consecuencias; 2. El valor moral de toda acción humana depende exclusivamente de su capacidad o tendencias para aumentar o disminuir la felicidad; 3. El mismo principio aplica a las instituciones y acciones gubernamentales; 4. El placer y el dolor constituyen los resortes soberanos de la conducta humana y, en última instancia, lo bueno y lo malo se determina con respecto a las con respecto a las implicaciones en términos de ellos; 5. Los individuos siempre quieren su propio placer o felicidad, ciñéndose por lo tanto al principio utilitarista, aunque rara vez lo declararan o aceptan de una manera consciente, debido a la incomprensión cabal del principio o al paso de los prejuicios establecidos; La mejor organización social es, entonces, lo que facilita la máxima felicidad posible para el mayor número posible; 7. La felicidad social es la suma de las felicidades individuales; y, 8. Mediante la aplicación de la razón (el cálculo) y la reforma de las leyes puede fabricarse el tejido social de la felicidad.

⁶⁰Ibíd., p. 21. “Parece que oigo decir a alguno de ustedes: “Vaya cuadro el que nos está presentando de la naturaleza este hombre viejo y pesimista! Como si no existieran tales cualidades como el desinterés, la filantropía o la disposición hacia la abnegación en toda la especie humana; como si no existiera una

Los argumentos utilizados por éste filósofo, permiten generar una explicación teórica del comportamiento humano que más adelante sabría retomar la economía neoclásica con sus desarrollos microeconómicos. Su particular contribución es la de dar a conocer que la actuación humana está determinada por la autopreferencia, concepto con el cual se inicia el análisis doctrinal de los aspectos legales concernientes al ámbito penal y civil, los dos expresados en su libro *Tratados de Legislación Civil y Penal*⁶¹. En esta obra establece la relación de la ley con el utilitarismo de la siguiente manera: “las consecuencias de cualquier ley o de cualquier acto que constituye el objeto de una ley, son las únicas consecuencias que a los hombres interesan, ¿no son, acaso, el dolor y el placer?”⁶²

Creía, en otras palabras, que el modelo económico, percibido como la simple elaboración de las implicaciones que resultan de suponer que las personas son maximizadoras racionales de sus satisfacciones, podría aplicarse a todos los campos de la actividad humana, en vez de ser exclusivo a los “mercados explícitos”, y esto incluía a la ley penal. La relación entre el ámbito penal y la economía, para Bentham se da en los siguientes puntos:

1. Bentham, al igual que Beccaria manifiestan la necesidad de establece una proporción entre delitos y penas⁶³, en el sentido que la ley debía ser lo suficientemente rigurosa y dura para causar temor en el delincuente, de tal forma que el delito se haga temer más que desear, como lo diría este autor: “una pena insuficiente es un mal sin beneficio alguno”, sin embargo la evolución jurídica en este punto se encamina a una sanción legal mínima a una rígida, así lo prueba la mayoría de legislaciones y autores⁶⁴.

persona que como rey cumpliera sus deberes con placer, haciendo en toda ocasión su máximo esfuerzo para promover la felicidad de su pueblo” (.....) Esta es mi respuesta: Hijos míos, admito todo esto, no lo niego, no puedo ni deseo negarlo. Pero no menos sustento el hecho de que la existencia misma de la especie humana, como la de cualquiera otra, depende del establecido y casi ininterrumpido hábito de la autopreferencia”.

⁶¹Jeremy Bentham, *Tratados de Legislación Civil y Penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981.

⁶²Ibid. Prefacio No 62.

⁶³Ibid. p. 297, Él en esta obra dice: “Montesquieu conoció la necesidad de una proporción entre los delitos y las penas, y Beccaria ha insistido sobre la importancia de ella, pero ambos la han recomendado que la han explicado sin decir en qué consiste esta explicación”.

⁶⁴Albán Gómez, op.cit., p.31: “Hay varias razones para establecer el criterio de la sanción penal mínima como eficiente como: el carácter aflictivo de la ley implica una violencia institucional; el sistema penal es discriminatorio y selectivo, pues al recaer sobre zonas de un país que en muchos de los casos no coincide con su real participación en la comisión de delitos; la aplicación de las penas, especialmente de la privación de la libertad, no sólo que no cumple las finalidades que teóricamente tienen, sino que más bien provoca nuevos y graves problemas”.

2. Es indispensable que quien cometa un delito deba ser sancionado indefectiblemente, para que de esa manera en la mente del posible infractor exista o se cree la probabilidad segura de una sanción, y debido a que el delincuente es racional, él “calcularía” el riesgo de ser o no detenido por alcanzar su objetivo delictivo, pero este aspecto depende de la adecuada prescripción de la ley. Al respecto Bentham dice: “(...) se calculan las probabilidades en pro y en contra, y se debe dar un valor mayor a la pena para contrabalancear las probabilidades de la impunidad”⁶⁵

3. Finalmente, Bentham también contestó a la pregunta de a quiénes correspondía recoger estos aspectos relevantes del comportamiento humano, afirmando que el titular de esta facultad creadora es quien posee el poder supremo, es decir los poderes del Estado⁶⁶, y supone que dicho titular está dotado de racionalidad ilimitada, de tal manera que la legislación que produzca, al ser sistemáticamente creada, superará a ordenamientos como el common law. Con esto, Bentham, nos da totales evidencias por su preferencia por la norma codificada⁶⁷. Y es menester que el legislador, creador de la ley, y el Juez, quien la aplica, lo haga de manera apegada al bienestar social. Bentham dice: “A esto añadiré que el legislador no debe seguir el espíritu matemático de la proporción con tanto escrúpulo que haga las leyes sutiles, complicadas y oscuras: hay un bien superior a esta exactitud que es la brevedad y la sencillez”⁶⁸

2.1.3 Referencias actuales del AED en mercados implícitos y el Imperialismo Económico.

El AED, en la actualidad se ha convertido en un movimiento que debe su creación a los estudios de lo que se conoce como el Imperialismo Económico, mismo que se considera la fórmula con la que se entiende al fenómeno de expansión de la

⁶⁵Bentham, “Tratados de legislación...”, p. 298.

⁶⁶Nótese que este aspecto guarda total concordancia con lo que dice la Doctrina de cuáles son las características del Derecho penal, siendo una de ellas el de ser público, misma que ha sido explicada en el capítulo primero (*supra*, pp. 9 y ss.): “El Estado posee facultades exclusivas derivadas del carácter público del Derecho Penal, y éstas son: Dicta leyes que determinan los delitos y las penas correspondientes”.

⁶⁷De tal manera, implícitamente se verifica la aplicación del AED en sistemas como el nuestro de características germánicas romanas y codificadas.

⁶⁸Bentham Jeremy, Ob. cit., Prefacio No. 63.

teoría económica como instrumento analítico en la explicación de cualquier aspecto de la realidad social, aunque éste no tenga un carácter explícitamente económico.

Debido a que todos estos temas se los está abordando desde sus orígenes, es indispensable topar los estudios del homo economicus, concepto que ha ido configurando la Economía neoclásica y posteriormente el imperialismo económico y el AED, mismos que están indefectiblemente unidos, por ello hay que partir del estudio en ese mismo orden.

2.1.3.1. La teoría del homo economicus.

2.1.3.1.1. Orígenes.

Para demostrar la factibilidad en la aplicación del AED en el ámbito del derecho penal, es importante construir sus bases, teniendo como la más importante la teoría del homo economicus, pues es preciso ilustrar los presupuestos “metacientíficos” que promuevan construir hipótesis coherentes en la sistematización científica del Derecho y la Economía.

El homo economicus tiene en su historia, un largo proceso de gestación que culmina con su formulación actual como figura universal, abstracta y formalizada de la teoría económica neoclásica. La historia de este proceso es, sin embargo la misma historia del origen de la propia ciencia económica y, en general, hace referencia al largo proceso a través del cual lo económico surge como espacio separado de las demás esferas sociales, hasta constituirse en objeto adecuado sobre el que construir una nueva ciencia social.

Según la tesis de Polany, en las sociedades precapitalistas o premodernas lo económico se encuentra englobado y confundido en el interior de estructuras “metaeconómicas”⁶⁹, es decir lo que está más allá de lo económico y lo social.

Ciertamente, existe un proceso histórico, en el cual el precedente moderno económico capitalista, es el feudalismo⁷⁰, en aquel sistema lo social era determinante de

⁶⁹Karl Polany, **La gran transformación. Crítica del liberalismo económico**. Ediciones La Piqueta, Madrid, 1989, p.307. “Por lo general las relaciones sociales de los hombres engloban su economía. El hombre actúa, no tanto para mantener su interés individual de poseer bienes materiales, cuanto para garantizar su posición social, sus derechos sociales, sus conquistas sociales. No concede valor a los bienes más que en la medida en que sirven para ese fin. Ni el proceso de la producción, ni el de la distribución están ligados a intereses económicos específicos, relativos a la posesión de bienes. Más bien cada etapa de ese proceso se articula sobre un determinado número de intereses sociales que garantizan, en definitiva, que cada etapa sea superada. Esos intereses sociales que garantizan, en definitiva, que cada etapa sea superada. Esos intereses son muy diferentes en una pequeña comunidad de cazadores o de pescadores y en una extensa sociedad despótica, pero en todos los casos el sistema económico será gestionado en función de móviles no económicos”.

lo económico y las relaciones entre individuos eran fundamentales. La emancipación de la Economía, su posibilidad de expresarse como discurso autónomo y separado, es posterior, y se consolida en el individualismo moderno, como una contradicción del holismo y organicismo feudalista. Efectivamente, dicho cambio de sistema está ligada a lo que Posner conoce como una “mutación antropológica”, es decir un cambio psicosocial, y producto de aquello surge el hombre moderno y la sociedad capitalista.

La liberación del sujeto moderno de las ataduras de la subordinación feudal y de sus lazos jerárquicos exigía la constitución del sujeto en una relación frontal al objeto, a la cosa y a la naturaleza en general, configurándose con este proceso el concepto de propiedad.

Los cambios políticos como la revolución francesa, motivada por el pensamiento enciclopedista, los aportes de Locke, acerca de la necesidad de independencia del hombre frente a la religión, el abandono de los feudos y la idea de desterrar la subordinación del sujeto a una estructura social, hace surgir la propiedad privada. El Estado tenía como función proteger dicha propiedad.

La transformación antropológica, que expresaría el homo economicus, tiene como otro de sus presupuestos fundamentales un cambio en la noción de riqueza, esta categoría es el objeto principal sobre el que se constituye y nace la ciencia económica. Es el principio que permite unificar y pensar la variedad de los hechos económicos como un sistema, puesto que en realidad todo el discurso económico clásico, desde los fisiócratas hasta Marx, es la búsqueda de la esencia de la riqueza, de un principio causal, de una teoría del valor objetivo como núcleo del discurso de la economía política clásica.

Con estas premisas, se puede determinar, que la categoría sobre la que se constituye la economía es la riqueza, para lo cual se necesitaría de un individuo que la aprehenda, quien está diseñado para aquello es el individuo moderno, el homo economicus en su formulación originaria, el sujeto propietario constituido en centro de referencia de la sociedad capitalista emergente; el sujeto que aprehende es el homo economicus, en cambio el objeto aprehendido es la riqueza.

⁷⁰Dentro de esta organización social el individuo posee una identidad a través de su pertenencia a una casta, a un grupo, estamento o corporación. La estratificación social y la dependencia del individuo de su status hacen que en estas sociedades los vínculos jerárquicos, religiosos y políticos tengan primacía y en las que la esfera económica constituye una variable dependiente y subordinada.

La última separación de la Economía, para conformarse como ciencia independiente, es de la moral, hecho que se da en el renacimiento. En esta época se busca disociar lo económico de lo religioso, mediante el “principio de la pasión compensadora”⁷¹, criterio difundido por Maquiavelo, con lo que él llamaría el “arte del estadista”. La “pasión compensadora” consistía en que aquello que era negativo se podía compensar con la ambición misma, pero una ambición encaminada a acrecentar lo económico.

De esta manera, el interés económico, la búsqueda de la riqueza basada en el egoísmo, empieza a ser considerada como positiva en el contexto ideológico del siglo XVIII. El “mal” es fundamental no sólo para la prosperidad social, sino para la misma existencia de la sociedad. Este es el paso para la demostración de que el orgullo y el egoísmo son útiles a la sociedad, y este es el gran legado de Mandeville⁷² a los economistas, el descubrimiento de que las pasiones se hallan dispuestas de tal forma que sus discordancias aparentes se armonizan para el bien público.

2.1.3.1.2. La formalización del homo economicus en la economía neoclásica.

El proceso de construcción de la ficción del homo economicus alcanza su punto culminante con la revolución neoclásica en la teoría económica con la aparición de los trabajos de Jevons⁷³, Menger⁷⁴ y Walras⁷⁵ en el último tercio del siglo XIX.

⁷¹Mercado Pacheco, op. cit. Este principio de la pasión compensadora habría surgido con Bacon y se desarrollaría con Bacon y Hume. Esta idea de la “pasión compensadora”, surgió en el siglo XVII como consecuencia de la visión sombría de la naturaleza humana y de la creencia en el carácter destructor de las pasiones, pero experimentó una transformación y un relanzamiento sin igual en el s. XVIII como parte del proceso de “rehabilitación de las pasiones”. La avaricia, el afán de lucro, pasiones desleales en la doctrina ética medieval, se convierte en honorables, reformuladas como conducta aceptable en la sociedad y como un interés económico. Y con ello se desbarata la noción de pobreza, renuncia de la riqueza y el otorgamiento de diezmos a la iglesia, como hecho virtuosos.

⁷² Filósofo y médico británico, de origen francés y nacido en Dordrecht, Países Bajos. Doctor en medicina por la Universidad de Leiden, en 1699 se traslada a Inglaterra y empieza a escribir sátiras políticas. Su texto más famoso es la *Fábula de las abejas* (1714), en el que señala que no es la virtud sino el egoísmo humano el verdadero fundamento de la sociedad.

⁷³William Stanley Jevons (1835-1882), nació en Inglaterra, en 1865 obtuvo su grado de Economista en la Universidad de Londres y en 1871 se publicó su mayor obra: Teoría de la economía política. Este libro tiene que ver con la teoría del valor, en donde analiza la utilidad como un elemento subjetivo a maximizar, él admitía que el cálculo del placer y del dolor (teoría de la utilidad) tenía características subjetiva, aunque expresaba la posibilidad de que los efectos de la utilidad podrían determinarse de alguna manera, por ello implementó la manera de graficarla expresada como $U = f(x)$, que se lee “la utilidad de la mercancía x es una función de la cantidad de x que posee el individuo”. El análisis formal de la utilidad de Jevons es una relación entre las mercancías (aspecto objetivo) que consume el individuo y un acto de valoración individual (subjetivo). En suma, la utilidad sólo tiene sentido en el acto de valoración.

La economía neoclásica será la encargada de perfilar la teoría del homo economicus con sus caracteres actuales, tal y como es utilizada como premisa fundamental en el AED.

Para los economistas clásicos lo importante era saber el cómo la sociedad se organiza para producir y distribuir la riqueza, no era sino un discurso disperso y poco homogeneizado tanto en el método como en el objeto, que hacía imposible su encuadramiento como ciencia. En cambio los neoclásicos, su afán era el de buscar la unidad epistemológica y de estatuir la ciencia económica, esto es buscar su constitución como ciencia pura, separada y no comprometida con la política y la moral, y con un acercamiento al modelo de las ciencias físico-matemáticas.

Los aportes neoclásicos de Jevons al AED, son que el centro de gravedad de la economía es la relación entre el hombre y los objetos que satisfacen necesidades. Según Jevons, la economía se transforma simplemente en la ciencia del comportamiento según el principio económico, con el fin de aumentar el máximo placer ligado a la posesión de bienes.

Por otro lado, tenemos a Walras, quien ya atisbaba el concepto de escasez y relacionaba este concepto al de riqueza social: “Denomino riqueza social al conjunto de cosas materiales o inmateriales que, por una parte, nos son útiles y que, por otra, no están a nuestra disposición más que en cantidad limitada (...) las cosas que siendo útiles no son escasas no forman parte de la riqueza social”⁷⁶. Sin embargo Walras no alude la escasez a un fenómeno universal manifestado en la naturaleza, sino a un hecho que corresponde al universo de la propiedad burguesa y del mercado; precisa la escasez en

⁷⁴Carl Menger (1840-1921), nació en 1840 en Galitzia, que entonces formaba parte del imperio austro húngaro. Estudió derecho en las Universidad de Praga y Viena, y en 1867 se orientó hacia la Economía. Es el creador de manera explícita del homo economicus, concepto que tiene como base el estudio de los bienes económicos, que nacen como la desigualdad entre necesidad y bienes ofrecidos, es decir son bienes escasos. Posteriormente para este autor, un bien tiene valor si los humanos, **AL COMPORTARSE ECONÓMICAMENTE**, se percatan de que la satisfacción de una de sus necesidades depende de la capacidad que tienen para disponer del bien. Menger señaló que los bienes económicos también pueden poseer utilidad, dado que la valoración subjetiva entre uso y necesidad se refiere a una determinada cantidad. El valor de uso es una característica exclusiva de los bienes económicos, porque presupone escasez. Finalmente, señala que el principio equimarginal de la maximización del bienestar analiza que las satisfacciones tienen diferentes grados de importancia para la gente, los ordenaba en orden de importancia, donde las satisfacciones eran iguales en el margen.

⁷⁵León Walras (1834-1919), economista francés. Fue uno de los primeros analistas matemáticos del equilibrio económico general. Aplicó el sistema de ecuaciones simultáneas del mecanismo clásico al mundo económico. Así, suponiendo un régimen de competencia perfecta, Walras construyó un modelo matemático en el cual los precios de los factores de producción y de los productos se ajustaban automáticamente al equilibrio. Para Walras el conjunto de la economía tiende a maximizar su utilidad y, por otra, que la demanda de cada bien debe igualar a su oferta.

⁷⁶León Walras, **Elementos de economía política pura**, Alianza, Madrid.1988. p.21.

relación con la utilidad: “las cosas útiles y limitadas son valorables e intercambiables (...) el valor de cambio, como la propiedad, no recae más que sobre la riqueza social y recae sobre toda la riqueza social”⁷⁷.

En consecuencia, los aportes de estos autores al AED es que miran como su eje de estudio al individuo, su realidad subjetiva, y la búsqueda por satisfacer sus necesidades, en contraposición al objetivismo de los clásicos. Esto se halla sintetizado en los trabajos de Menger, con el postulado del *homo economicus*, el cual es el patrón de conducta asumido por la teoría económica y que recoge esta tesis. Dentro de esta categoría el individuo actúa siempre racionalmente tratando de maximizar su propio bienestar, es un ser interesado y egoísta cuya única norma de conducta es la realización de su interés privado. Los presupuestos que más nos interesan del *homo economicus* son los siguientes:

1. Los individuos tratan racionalmente de maximizar su bienestar.
2. Las preferencias son estables, es decir, los valores que los individuos asignan a los costes y beneficios de sus posibles acciones no varían de una manera rápida ni se ven afectados por las acciones de un agente externo como, por ejemplo, la acción del Estado.
3. Los individuos son los que mejor conocen y determinan el valor que tienen para ellos las cosas. Este supuesto de soberanía del consumidor no es sino la traducción de la idea de que el individuo es el mejor juez de su propio bienestar.
4. Principio de equilibrio, que afirma que siempre que en las relaciones sociales o en las alternativas de acción presentes en una situación exista la posibilidad para un individuo de mejorar su situación, tenderá a cambiar la situación existente, el equilibrio actual, para pasar a una situación mejorada, a un equilibrio más eficiente.

De estos presupuestos de conducta racional implícitos en el modelo del *homo economicus* se derivan tres conceptos económicos básicos que son, a su vez, tres conceptos básicos en la teoría económica del derecho, adoptados incluso por el mismo Richard Posner⁷⁸:

⁷⁷Ibid, p.23.

⁷⁸ Posner, op.cit., p.13.

1. La relación inversa entre el precio y la cantidad demandada, o sea la conocida ley de la demanda.

2. Un concepto central en el AED es el concepto de coste de oportunidad. Este concepto expresa que el uso de los recursos para cualquier objetivo implica un coste que es igual al valor de dicho recurso en su próximo mejor uso alternativo.

3. El tercer concepto básico es el de la tendencia de los recursos a gravitar en torno a su uso más valioso.

La generalización del modelo de conducta económico convierte a la economía en la ciencia de la acción racional y, como tal capaz de analizar todas las conductas sociales, incluidas las conductas de los individuos ante las reglas jurídicas. En relación a esto, Cooter y Ullen tienen una concepción bien clara: “Los conceptos económicos de maximización, equilibrio y eficiencia son categorías fundamentales para explicar la sociedad, especialmente la conducta de los agentes racionales ante las normas jurídicas. Por tanto, el ámbito del análisis económico del derecho es tan amplio como el ámbito de la conducta racional de los funcionarios e individuos sujetos al derecho”⁷⁹.

2.2.3.2. La teoría de la escasez de Robbins.

La materialización del ánimo de lucro generó el espacio para que Robbins ofreciera su interpretación del concepto de Economía, la cual sería, en adelante, para los que continuaron por esta vertiente de la teoría económica, la ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios escasos susceptibles de usos alternativos⁸⁰. De la anterior interpretación, la Economía adquirió una nueva dimensión caracterizada por: 1. Centrar sus esfuerzos en entender el cómo y el porqué del actuar de los individuos frente a la escasez; y 2. Reconocerse totalmente neutral con respecto a los fines, pues todo acto que requiere tiempo y medios para la consecución de un fin y que implica la renuncia a usar esos recursos para conseguir otro distinto tiene un aspecto económico. Entonces, allí donde existan alternativas, escasez y, en tal virtud elección, serán aplicables los métodos del análisis económico. Al respecto Gutiérrez Prieto manifiesta: “Desde la perspectiva de Robbins, un bien es apropiado para el estudio económico en la medida en que alguien no tenga lo suficiente de él como para satisfacer sus deseos. Aunque ocupen un lugar distinto en las escalas de las necesidades, tanto el

⁷⁹ Robert Cooter y Thomas Ullen, **Derecho y Economía**, Editorial Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1998, p.11.

⁸⁰ Lionel Robbins, **Ensayo sobre la naturaleza y significación de la Ciencia económica**. México, Fondo de Cultura Económica, 1951, p.21.

pan como la ópera estarían en la misma posición de cara a una concepción económica centrada en la escasez”⁸¹.

La economía entendida de esta manera, llega a ser la ciencia general del comportamiento maximizador, una ciencia que encuentra su aplicación en todos los dominios de la conducta humana en los que se manifiesta la escasez. Lo económico deja de caracterizar un espacio predefinido que se refiera a un determinado tipo de conducta manifestada en un ámbito de la actividad del hombre y en una época determinada y pasa a constituirse en un aspecto peculiar de la conducta humana, debido a que no está limitado por ningún tiempo⁸² o estructura social. Las leyes económicas deducidas de este principio tienen un carácter universal. Así lo afirma Robbins: “Las generalizaciones de la teoría del valor son tan aplicables a la conducta de un hombre aislado o a la de la autoridad ejecutiva de una sociedad comunista, como lo son al comportamiento de los hombres en una economía de mercado”⁸³.

En consecuencia, el método de Robbins consiste en que convierte en criterio delimitador de lo económico a la noción de escasez. El concepto de escasez en Robbins es un hecho incuestionable de la experiencia, con el grado de universalidad apropiado para fundar sobre él una verdadera ciencia de lo económico que deje de hacer referencia a juicios de valor.

La Economía, se auto limita para alcanzar su estatuto científico, bastando con asumir una serie de principios fundamentales (individuos con necesidades y escasez de medios para su satisfacción) para fundamentar una “teoría general” capaz de abarcar la totalidad de los fenómenos que ingresan en el campo de lo económico. Una vez delimitados esos principios fundamentales es posible la deducción a partir de ellos de todos los problemas económicos.

Este método es útil en el AED aplicado al ámbito penal, pues al rescatar la noción de escasez se está definiendo, como un hecho posible, que los problemas delincuenciales surgen como una respuesta de las necesidades, vinculadas

⁸¹Gutiérrez Prieto, Hernando, **El análisis económico del Derecho: perspectivas para el desarrollo del derecho económico**, en Universitas, No. 100, Bogotá, Universidad Javeriana, 2000, p129.

⁸²Para demostrar esta afirmación de tiempo, Posner en **A theory of primitive society with special reference of Law** en Journal of law and Economics, volumen 33, 1980, hace un estudio minucioso de cómo las sociedades primitivas ya tenían un comportamiento maximizador frente a los recursos escasos, verificando de esta manera, además, que existía una racionalización universal y atemporal en todas las culturas. Más adelante se estudiará esto con más profundidad, pues Posner con este trabajo pretende demostrar la eficiencia del AED, únicamente en el ámbito del common law, lo cual se demostrará que no necesariamente es así.

⁸³Robbins, Lionel, op. cit. p. 27.

indefectiblemente con la pobreza. Quizá, para muchos autores la limitación de los recursos podría ser considerada como un concepto abstracto, por el cual Robbins se aferra para universalizar la teoría económica, mas la evidencia empírica demuestra lo contrario, basta con observar el deterioro y la poca restitución de los factores productivos sean en forma de capital o trabajo, para verificar la factibilidad de la propuesta de Robbins.

2.1.3.3. Gary Becker.

Gary Becker⁸⁴, es un representante del imperialismo económico, realizó varios estudios, en diferentes ámbitos de las ciencias sociales como las razones por las cuales existe racismo y como esto crea ineficiencia en la producción o por qué los individuos antes de divorciarse realizan un análisis de sus posibles pérdidas o ganancias; es decir tomó a la economía como el eje de gravedad en todo aspecto social. El Derecho, no escapó de su lupa, es más, se puede decir que resucitó las teorías de Bentham y Beccaria en el ámbito penal, con su artículo publicado en 1968 “The Economic approach to human behavior”.

Becker manifiesta: “lo que distingue verdaderamente a la Economía como disciplina de otras disciplinas dentro de las ciencias sociales no es su temática, sino su enfoque”⁸⁵, posteriormente también manifiesta: “La combinación de supuestos: comportamiento maximizador, equilibrio de mercado y preferencias estables, utilizados de forma firme y consistente constituye el núcleo central del enfoque económico”⁸⁶.

Para este economista, éstas son las premisas de su razonamiento, con el cual posteriormente aplicará a fenómenos y realidades considerados convencionalmente como no económicos. Así, por ejemplo, la ley de la demanda es apta para predecir que un aumento del precio reducirá la cantidad demandada, ya se trate de un aumento del precio de cualquier bien material, ya se trate “de un aumento en el precio sombra”⁸⁷ de un aumento de la pena de un delito (su precio) que reduce la cantidad de delitos cometidos.

Pedro Mercado Pacheco, al respecto dice: “lo que se expresa con términos como “mercados implícito” o “precios sombra” es que existe la posibilidad de valorar

⁸⁴www.eumed.net/cursecon/. Premio Nóbel de Economía 1992.

⁸⁵Mercado Pacheco, Pedro. op. cit., p.165.

⁸⁶Ibid.

⁸⁷Al respecto, lo que Becker denomina precios sombra, para Posner o Roemer es el precio implícito.

económicamente bienes y fenómenos no mercantiles o patrimoniales”⁸⁸, por lo cual, Becker explica los comportamientos humanos producto de la sociedad económicamente establecida, es decir describe al hombre resultante de la economía coyuntural, de la economía neoclásica.

El carácter patrimonial o pecuniario de los bienes deja de ser una característica que identifica o define el objeto de la ciencia económica. Si toda acción humana tiene intrínseco un costo (el valor de las acciones alternativas que se han dejado de realizar para llevar a cabo dicha actividad), entonces no hay aspecto de la actividad humana que no tenga que ver con lo económico.

Para Becker, este aspecto de maximización no se puede aplicar en sólo ciertos casos del comportamiento humano, al contrario todo aspecto psicológico, social, legal puede ser estudiado bajo la mirada de la Economía⁸⁹.

Como se puede ver esta es una manera diferente de comprender la realidad expuesta al estudio del Derecho y la Economía, como dice Mercado Pacheco, “hay una ruptura epistemológica de los límites de la ciencia económica, transforma su propio carácter como disciplina social, se trata de un cambio que algunos consideran una revolución científica...”⁹⁰.

En su publicación *Crime and punishment: An Economic Approach*, este autor realiza un modelo donde busca conocer cuántos recursos y castigos se debe usar para hacer cumplir los diferentes tipos de normas, es decir normas que regulan los crímenes contra las personas, contra la propiedad, bienes y servicios ilegales. Para lo cual, establece el costo económico, de estos delitos, a la vez recoge los datos del gasto público en policía, juicios y juzgados, costos en correctivos y algunos costos privados en combatir el crimen, éstos datos expresados en unidades monetarias. Posteriormente, construye la respectiva curva de oferta y demanda de crímenes, formula una medida de la pérdida social por agravios y encuentra los gastos de recursos y castigos que minimizan esta pérdida. La cantidad óptima de coerción depende, entre otras cosas, del costo de atrapar y condenar a los delincuentes, de la naturaleza del castigo, como por

⁸⁸Ibid. p.124.

⁸⁹Mercado Pacheco, op.cit., p.79. “El núcleo de mi argumento es que el comportamiento humano puede ser compartimentalizado, basándose a veces sobre la maximización y otras veces no, motivado a veces por preferencias estables una acumulación óptima de información y no siéndolo otras. Creo más bien que todo el comportamiento humano puede considerarse como realizado por participantes que maximizan su utilidad a partir de un conjunto estable de preferencias y que acumulan una cantidad óptima de información y de otros factores en una variedad de mercados (...) el enfoque económico proporciona un marco valioso y unificado para la comprensión de todo tipo de comportamiento humano

⁹⁰Ibid., p79.

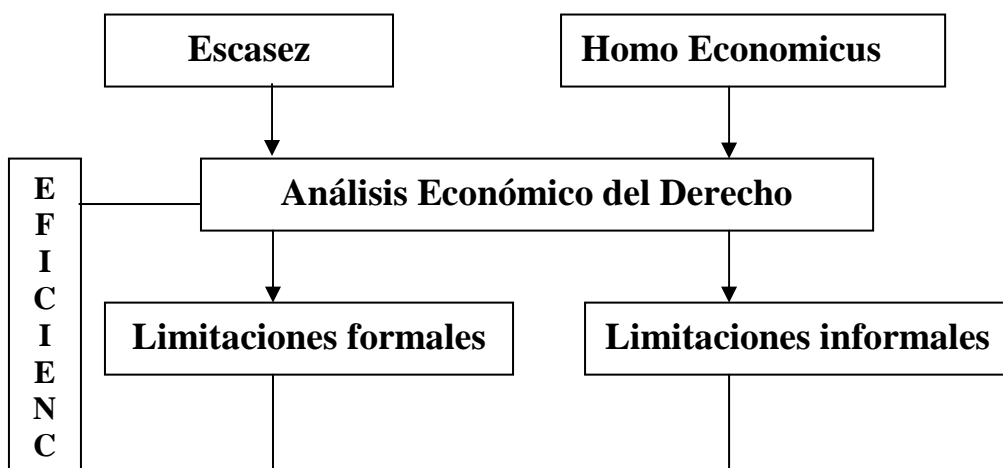
ejemplo que sea multa o prisión, y de la respuesta de los delincuentes a cambios realizados en la coerción. La discusión por tanto, entra indiscutiblemente dentro del ámbito de la ciencia penal y en teorías del comportamiento criminal. En tal virtud, el enfoque de Becker también está aportando una teoría útil del comportamiento criminal que podría explicar el análisis económico de la elección.

2.1.3.4. El imperialismo económico y el AED.

En definitiva el AED nace como un estudio particular del imperialismo jurídico, su génesis está íntimamente relacionada con el empeño de la Economía por constituirse en un pensamiento general e independiente. El AED, es la expresión en el campo jurídico de este fenómeno más general del imperialismo económico.

Además, como se puede ver, el mayor representante de esta búsqueda de generalizar la Economía es Becker, Posner nada más es un sintetizador de su pensamiento, pero la conformación de este método (como lo hemos definido dentro de este trabajo, no como una ciencia independiente, ni como un movimiento intelectual), no es producto sino de un largo proceso que parte de la evolución de los trabajos de los economistas clásicos y neoclásicos, es la concepción del homo economicus, que sumada a la teoría de la escasez de Robbins, es la base en la cual se construye la teoría del AED. En este proceso de transformación social, de cambios antropológicos, psicológicos e históricos miramos al final del camino al comportamiento del hombre moderno, éste es el objeto de estudio de las ciencias sociales, obviamente también del Derecho, dicho comportamiento es tema de estudio doctrinal y legislativo, en tal virtud, el aspecto teleológico del Derecho es el comportamiento humano, lo que en definitiva está analizado en el homo economicus. Sea el ámbito penal, civil, laboral o cualesquiera que se quiera estudiar, todos tienen como fin al comportamiento del hombre contemporáneo. Busca minimizar sus gastos o el delincuente que busca adquirir un bien ilícitamente sin ser detenido.

Gráfico 1. Estructura del funcionamiento del AED



Fuente: Luís Fernando Eslava, *Aproximación metodológica al análisis económico del Derecho*.
Elaboración: El autor.

2.2. Análisis positivo y normativo del AED.

Esta manera de describir el AED, es la misma que se hace con el análisis positivo y normativo de la Economía. El aspecto positivo es el ser, es decir la realidad lo que se presenta a nuestro intelecto por sí mismo, en cambio lo normativo es el deber ser, lo que se busca para mejorar lo que es.

El análisis normativo está difundida por Calabresi, y dice que el mercado no es perfecto, sino que se debe buscar la manera para llegar a tal estado, es decir asume el paradigma de la competencia perfecta, pero como paso previo para identificar cuáles son los fallos de mercado que impiden que se consiga el máximo bienestar social y cuáles sean los mecanismos legales de intervención que los corrijan, el objetivo es contribuir a la reforma del sistema legal desde consideraciones económicas.

En cambio la otra, la visión positiva, es defendida por Posner, manifestando que la solución de los problemas de fallos en el mecanismo de asignación eficiente de los recursos está en el paradigma del mercado, pues considera que la existencia de fallos de

mercado no se debe tanto a deficiencias de éste como a la ausencia de condiciones para que se pueda operar libremente. Es conocido que el mercado no es perfecto, se debe buscar estrategias que logren mejorarlo, y es con las normas jurídicas, bajo la concepción del AED, que se pueden lograr tales metas.

Con la presentación anterior se admite que la postura más adecuada asumida por este trabajo es la normativa, no obstante es la que se desarrollará a continuación.

2.2.1. Análisis normativo.

El deber ser del Análisis económico del Derecho, se da en virtud de los criterios emanados de la doctrina tradicional, desde su teoría hasta sus métodos, con ello se pretendería alcanzar la eficiencia, en correlación con la justicia. Por lo tanto, los presupuestos del análisis normativo serían:

1. Se concebirá el objeto de estudio (la ley) como un sistema de restricciones y recompensas que interactúa con los individuos. Un objetivo central del cuerpo de conocimientos del derecho y la economía ha sido analizar la interacción dentro de un sistema de normas y el comportamiento de los individuos, con el fin de determinar los efectos de dichas normas⁹¹. Esta concepción jurídica formaba parte esencial del realismo legal, pero la economía, a través de los métodos que desarrolló para pensar sobre la interacción entre costos, rendimientos y maximización individual de la utilidad, ofreció un marco analítico elegante adaptable a esa investigación. No obstante, en este trabajo al tomar como referencia casos penales en delitos contra la propiedad privada, personas y narcotráfico, se los examina tomando como referencia la norma jurídica, y busca conocer si el comportamiento del individuo se adecuó a una manera de maximización económica, es decir no se pretende predecir el comportamiento criminal futuro, mas sí se toma a la norma jurídica penal como una hipótesis en el sentido de la posibilidad de establecer si existe subyacente en el proceder del criminal una reflexión económica que le influye a infringir la ley.

⁹¹Cossío, op.cit., p. 236, al respecto este autor realiza un estudio claro de cómo las normas se convierten en hipótesis predictivas del comportamiento económico: “¿Las normas jurídicas son efectivamente los supuestos de las hipótesis económicas mediante las cuales se explica el derecho? (...), Posner, Bowles y Sánchez Ugarte realizan sus trabajos en las siguientes etapas: primera, exponen el conjunto de normas jurídicas que regulan el tema o problema en cuestión, segunda, analizan y determinan aquellas conductas que, previsiblemente, pueden llevar a cabo los sujetos que están o pueden estar regulados por tales normas, tercera, formulan una hipótesis a fin de predecir aquellas conductas que previsiblemente realizarán ciertos sujetos frente a lo dispuesto en ciertas normas”.

2. El propósito del análisis científico es identificar el componente sistemático de los fenómenos y separar ese componente de los fenómenos aleatorios. Una generalización puede servir incluso si es capaz de explicar sólo una porción del comportamiento examinado. Esta idea se deriva de la ciencia social en términos generales y de la matemática y estadística en términos específicos.

Ciertamente, se busca esclarecer en este trabajo, que el comportamiento del delincuente en el cometimiento de delitos no es producto, en mucho de los casos, de hechos azarosos, se pretende establecer de manera clara y sistemática que hay en él la conciencia para hacer o dejar de hacer un acto delincuencia. Es decir se busca interpretar el hecho delictivo de una manera más precisa y concisa, se pretende esclarecer aquel elemento del delito estudiado en el capítulo anterior conocido como la culpabilidad, que es un aspecto subjetivo, y que consiste, como ya se dijo anteriormente, en el análisis de la voluntad que dirige el acto del sujeto activo, es decir de la persona a quien se le imputa el crimen.

3. Los actores privados son motivados exclusivamente por el deseo de maximizar su propio interés económico. Dicha interés económico. Dicha premisa se obtiene de los preceptos conductuales de la teoría de los precios, donde sus predicciones han resultado poderosas y útiles. El análisis conductual puede utilizarse para analizar los efectos de las regulaciones dado que permite predecir si los individuos cambiarán su comportamiento para evitar los costos de las leyes y obtener sus beneficios.

El comportamiento del sujeto frente a la realidad económica es el característico del modelo microeconómico, efectivamente, es este el individualismo metodológico del AED, el cual a decir de Korhauser se lo entiende como: “El concepto de racionalidad que informa el análisis económico del Derecho tiene dos características distintivas. En primer lugar, impone un constreñimiento sustantivo mínimo a los objetivos que puede perseguir el agente (...) Para expresarlo de manera más técnica, la racionalidad económica requiere que cada agente posea preferencias bien definidas, completas y transitivas sobre las alternativas relevantes que enfrenta. En segundo lugar, la racionalidad económica postula que en situaciones de elección los agentes poseen la

suficiente persistencia, visión y capacidad analítica como para siempre estar en condiciones de elegir la mejor posible”⁹²

Mírese cómo la aplicación de los precios y demanda en el ámbito penal, es factible en el sentido que si la pena aumenta (el precio), la demanda en el cometimiento de delitos disminuye.

El énfasis en la premisa del interés propio en el análisis económico del derecho ha generado críticas sobre la base de que ésta inculca hábitos amorales de pensamiento. Sin embargo, la premisa de que el interés propio es una fuerte regularidad del comportamiento humano no implica la hipótesis de que la gente actuará de manera antisocial. Más bien, el interés propio puede explicar con precisión por qué la gente acata las normas morales y jurídicas de la comunidad social.

4. La necesidad de examinar, tanto los efectos marginales como tales, con especial énfasis en los primeros, es importante para entender la respuesta humana a la ley. Esta idea se infiere también de la teoría de los precios en la que se utiliza. .

Dentro de este contexto, un ejemplo que conceptualiza el principio metodológico de la marginalidad y esclarece un aspecto importante del campo de las políticas públicas es el caso de la legislación positiva vigente que contempla la pena de muerte. Supongamos que un delincuente está consciente de que si comete un delito X y es aprehendido, efectivamente será castigado con la muerte. En dicho escenario, al delincuente que comete un delito X no se le podrá disuadir de cometer un crimen adicional en ese momento, puesto que, al cometer cualquier otro delito tiene un costo de cero para él.

5. Al evaluar arreglos regulatorios del mercado, es importante comparar el arreglo que se está evaluando contra otras alternativas institucionales viables. Demostrar las imperfecciones del mercado y de la administración es importante en este trabajo, pues permite conocer las ineficiencias que se estarían estableciendo a nivel social, que impedirían el objetivo general de toda norma jurídica: justicia, paz, etc. En el caso de la ley penal, resulta inútil, a mi modo de ver, medios alternos de administración de justicia, como mediación o arbitraje, puesto que la ley penal, como ya se vio es prerrogativa exclusiva del Estado.

⁹²Korhauser, Lewis, **El análisis económico del Derecho: las normas legales como incentivo**. Fondo de Cultura Económica, México 1997, p.142.

6. Los informes jurídicos y los expedientes de casos contienen información útil y cuidadosamente registrada acerca de las prácticas económicas particulares. Basarse en antecedentes de la corte en el derecho consuetudinario, con el propósito de iluminar casos concretos, fue una idea pionera en el área de antimonopolios en la materia, y se ha extendido en la actualidad a numerosos campos. Tanto más pionero es considerar casos penales de gacetas judiciales en nuestro sistema jurídico codificado, que permita una mejor aplicación e interpretación de la ley penal, basada en la equidad y la eficiencia social. Para Bullard González⁹³, es factible la aplicación del método del Análisis Económico del Derecho, tanto en derecho consuetudinario, como en el sistema jurídico germánico-romano, pues al determinar que las normas se constituyen en hipótesis, estas son fuentes de análisis e interpretación de tipo económico por parte de un juez, legislador o litigante.

Cossio, concuerda con González, en el sentido de la posibilidad de la aplicación del AED, en nuestro sistema, pero mira esta aplicabilidad desde otra perspectiva, pues menciona las explicaciones que ofrece el AED, en busca de interpretar la operatividad de las conductas humanas (no interpretar la norma), frente a las prescripciones legales. Por esto, la labor del AED no es de tipo normativo frente al ordenamiento jurídico, no puede decirse que se está generando una forma de interpretación legal de las normas; lo que es centro de estudio de esta metodología son aquellas conductas humanas que se encuentran relacionadas, de algún modo, con el Derecho⁹⁴.

2.3. Los criterios de eficiencia dentro del AED: Debate entre eficiencia y justicia.

En este ámbito se plantea la siguiente interrogante: ¿Cuál es el criterio aplicable a la metodología normativa?, la respuesta está en dos aspectos la eficiencia y/o la Justicia.

Son evidentes las tensiones en la metodología normativa del AED, para decidir lo que debiera ser. La teoría de la eficiencia casi no enfrenta contradictores (¿quién está a favor de la inequidad en la distribución del ingreso, por ejemplo?), como guía general

⁹³González Bullard, op.cit.,p. 48. Sobre estos aspectos él dice: “Y es que cuando se aplica la ley se tiende el puente entre la realidad y el Derecho. Es a través de la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto que ésta se convierte en realidad. Al construirse este puente es que se puede lograr convertir una ley buena en una mala y una mala ley en una buena. El aplicador e intérprete por excelencia es el juez. Él convierte la ley en realidad. Por lo tanto, su responsabilidad en el funcionamiento del sistema económico y social es determinante. Su responsabilidad en el devenir del mundo real es incontrovertible, pero los jueces no son aún conscientes que son tanto o más responsables de la economía de un país que el mismo Ministerio de Economía

⁹⁴Cossío Díaz, op. cit. p. 228.

para toda política pública. No obstante, las controversias aparecen de lleno cuando se observa a la eficiencia predominando sobre otras normas como la equidad y la justicia⁹⁵.

El problema se presente por partida triple: primero la norma es injusta, si somos nosotros quienes debemos cumplirla por cometer la infracción. Por ejemplo, si nos estacionamos en un sitio prohibido y por “mala suerte” nos detiene el único policía contratado por el Estado, nos parecería sumamente injusto que se nos imponga pena de muerte por estacionarnos mal. En nuestra opinión es un castigo demasiado severo para una infracción tan leve. Segundo el castigo es eficiente porque se gastan menos recursos. Tercero el castigo es eficiente, pero injusto.

De acuerdo con lo anterior, cualquier recomendación de política o de ley debe ir más allá del mero principio de la eficiencia; en un caso concreto como éste, debe atender a que se cumplan los requisitos siguientes:

1. Disuadir al infractor de cometer violaciones de la ley en el futuro;
2. Disuadir a la sociedad en general de cometer tales violaciones;
3. Hacer que la sociedad perciba que la justicia se imparte al castigar a los infractores (puesto que la sociedad demanda justicia) y hacer que la sociedad y el infractor de la ley sientan que la severidad del castigo impuesto es justa y proporcional a la violación cometida por el infractor⁹⁶. No obstante, el AED en el ámbito penal tiene los mismos aspectos ontológicos y teleológicos que el Derecho penal.

Al actuar conforme a estas directrices debe hacerse notar que el derecho puede cumplir con dos funciones al mismo tiempo: promueve el uso eficiente de los recursos a la vez que cumple con la justicia. No hay necesariamente una exclusión recíproca entre esas metas, con lo cual no se sugiere una inexistencia de antagonismos entre las dos categorías, aparentemente incompatibles. Sin embargo, en los casos en que se

⁹⁵Un caso ejemplificado de este antagonismo conceptual, esta en el caso presentado por Bentham. Suponiendo que se propone una ley por la cual se busca reducir en un tercio la probabilidad de captura de delincuentes que hayan sido aprehendido con anterioridad, pero sancionarlos con un rigor de tres veces mayor. Suponiendo que los delincuentes no sean amantes al riesgo, el sistema judicial sería tan eficaz como antes para disuadirlos de cometer delitos y no sería necesario utilizar tantos policías, jueces, juzgados y demás recursos. Es decir, el sistema judicial sería más eficiente con dicha política ya que utilizaría menos insumos y conseguiría los mismos resultados

⁹⁶Nótese como esta última sugerencia se correlaciona y articulación con lo dispuesto en la teoría del delito expuesta en el capítulo I de este trabajo, (*supra* pp. 12 y 13), en particular cuando se describe el elemento aflictivo como característico del Derecho Penal. En ese apartado se especifica que la sanción penal no es por sí misma expiatoria, sino busca alcanzar aspectos de equidad y justicia, el AED complementa aquello con una categoría más: la eficiencia.

contraponga la eficiencia a la justicia, se requiere un intercambio transaccional, un trade off. Lo más que puede hacer en esos casos, un juez al realizar una interpretación de la ley o un legislador al sancionar una norma o cualquier funcionario inmerso en política pública, es señalar la eficiencia y, cuando lo permita el análisis económico, las consecuencias en términos de equidad de las diferentes disposiciones legales, dejando entonces que las presiones y juicios políticos decidan lo que deba hacerse. Al respecto Andrés Roemer establece: “Nuestra tarea se facilitaría mucho si la eficiencia pudiera defenderse con rigor como el único objetivo último. Sin embargo, encontramos dos objetivos –ambos frecuentemente contrapuestos–, la eficiencia y la equidad. Ha de recordarse que la meta última es lo que los economistas llaman eficiencia social, que requiere el intercambio entre la eficiencia en la asignación de recursos, por un lado, y la distribución del ingreso, por el otro.

Desafortunadamente, como todos sabemos, lo que resulta más deseable en la distribución del ingreso es una decisión subjetiva en extremo. Con todo, las disposiciones legales deben ocuparse tanto de la eficiencia así como de la distribución del ingreso: las directrices trazadas por la teoría económica requieren dos pasos sucesivos: en primer lugar, debe redistribuirse el ingreso de la manera más deseable; en segundo lugar, deben asignarse los recursos de la manera más eficiente, preferiblemente respondiendo a fuerzas competitivas. Así, debe llevarse a cabo un esfuerzo para convenir en una distribución del ingreso subjetiva preferida, y a éste debe seguir otro esfuerzo por lograr la eficiencia asignativa. La comulación de reglas jurídicas sensatas debe avanzar considerando ambas metas, y no sólo la eficiencia asignativa. Ello constituye una tarea formidable⁹⁷.

2.4. La manera de conocer el Derecho desde el punto de vista de la Economía

2.4.1. Estructura de la elección racional con normas.

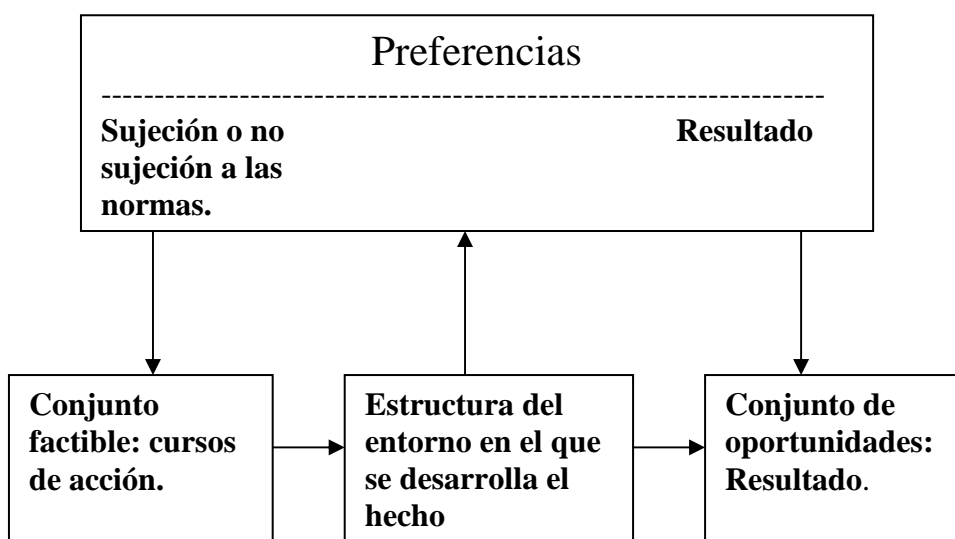
Como hemos visto, es posible estudiar el comportamiento criminal, configurado en la ley penal, desde el punto de vista económico. Se ha mostrado cómo desde los albores de la Ciencia Económica esta se ha preocupado por el ámbito penal y cómo el apareamiento de la economía contemporánea surge del capitalismo, consolidándose con la separación de todo aspecto moral de la ciencia, vigorizando más aún la posibilidad de entender el comportamiento criminal desde el punto de vista económico. A continuación

⁹⁷Roemer, op. cit. p. 93.

se presenta el modelo económico que explicaría cómo el criminal se comporta, desde el punto de entendimiento la ciencia económica.

Erling Eide, en *Economics of criminal behavior*⁹⁸, desarrolla de manera didáctica la manera de cómo se configura el comportamiento económico del criminal cuando el victimario está sujeto a normas y cómo la ley penal puede ser un instrumento predictivo de la conducta del delincuente.

Gráfico 2. Elección racional con normas



Fuente: Erling Eide "Economics of criminal behavior", en *Encyclopedia of law and Economics*.
Elaboración: El autor.

En el gráfico 2 se pueden observar los elementos característicos de la elección individual acorde a la teoría del comportamiento criminal. El individuo tiene un conjunto factible de cursos de acción, aspectos subjetivos los cuales podrían ser ilegales, está a disposición de él si incumple o no las normas penales, es decir podría haber sujeción a las normas, su comportamiento está en función de la ley penal, aquello implica que la rigurosidad de la ley, determina si el sujeto es amante o adverso al riesgo. Lo anterior unido al medio ambiente, o sea donde se podría desarrollar el ilícito (si se trata de atracar un auto, sería un delito contra la propiedad privada, un asesinato contra las personas, etc.) determina también el nivel de factibilidad de cometerlo.

El resultado de los factores presentados, es el fundamento de hecho que se acomodaría a un fundamento de derecho: la norma penal. Por lo tanto, el hecho ilícito

⁹⁸Erling Eide "Economics of criminal behavior", en *Encyclopedia of law and Economics*, University of Oslo 1999, p. 353.

parte de la conciencia del delincuente a delinquir (dolo directo, indirecto y eventual) y debe existir una ley que se podría romper, efectivamente realizándose dicho acto, con lo cual la estructura de elección económica del crimen se halla en concordancia con lo establecido anteriormente de cuáles son los elementos del delito: un acto típico, antijurídico y culpable.

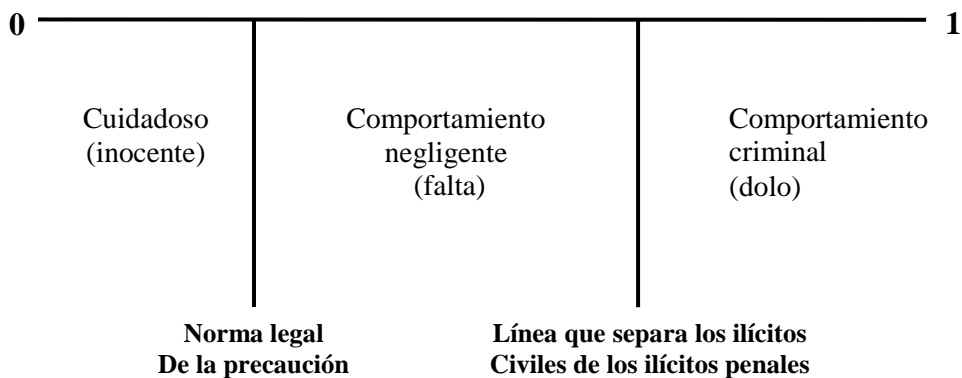
2.4.2. Justificación del estudio del Derecho penal desde la óptica del Análisis Económico del Derecho.

Para complementar la estructura presentada en la gráfica 3, es interesante el análisis de Cooter y Ullen⁹⁹, del surgimiento del Derecho Penal como una forma de sanción más estricta y rigurosa a las sanciones civiles, nótese que aquello también está conforme al criterio doctrinal que manifiesta que la ley penal es el último recurso a ser aplicado.

Además este análisis tiene como su aspecto básico el comportamiento del individuo y su entorno.

Como se observa, en la gráfica 3, principiando en el lado izquierdo de la escala, el victimario es cuidadoso e inocente. Avanzando hacia la derecha, el comportamiento del victimario se vuelve culpable civilmente, luego doloso y criminal. El comportamiento cuidadoso es menos culpable que el comportamiento negligente; el comportamiento negligente es menos culpable que el comportamiento intencional. De acuerdo con este continuo, la línea divisoria establece el cambio de conducta culpable a dolosa.

Gráfico 3. La Escala de la Culpabilidad



⁹⁹Cooter y Ullen, op. cit., p. 546

Fuente: Cooter y Ullen, *Derecho y Economía*.
Elaboración: El autor.

No obstante existe en cada una de las delimitaciones graduaciones de la intención criminal, tal como se escribió en la primera parte de este trabajo, hay escalas que van desde la preterintencionalidad, inimputabilidad, culpabilidad con sus diferentes tipos: imprudencia, impericia y negligencia de un acto y el dolo sea el directo, indirecto o eventual. Todas estas gradaciones son importantes para determinar el castigo. Como ilustración, el hecho de dañar a alguien intencionalmente para obtener una ventaja personal no es tan malo como el hecho de dañar a alguien en forma cruel y deleitándose con el dolor de la víctima.

En nuestro código civil, en el libro cuarto tanto como en el código de procedimiento civil se han desarrollado una serie de reglas con las cuales en última instancia, se pretende minimizar el costo del incumplimiento de los negocios jurídicos, se podría decir que los actores buscan internalizar el costo de los delitos y cuasidelitos civiles. No obstante, si los juicios civiles lograran que el victimario internalizara el costo de los delitos, el derecho penal sería innecesario desde un punto de vista económico. Sin embargo, por múltiples razones los juicios civiles no pueden minimizar el costo de los delitos. Es decir se puede sustituir el castigo por la compensación por tres razones:

1. La compensación perfecta es imposible, pues a diferencia de los ilícitos civiles, en los cuales la compensación perfecta internaliza el daño causado por los victimarios, es imposible para la mayoría de las personas que han perdido un hijo por asesinato o una pierna en un intento de robo.

2. Aunque la compensación perfecta fuese factible, según la doctrina penal estudiada la ley protegerá los derechos de las víctimas potenciales antes que sus intereses. Supongamos, por ejemplo, que existe un nivel de compensación que deja a Juan indiferente acerca de que Francisco le arranque un brazo, es imposible establecer una valoración monetaria de Juan por el hecho de no existir un mercado “de brazos”, es decir no se podría revelar la preferencia. Pese a que en un principio la compensación es perfecta, al final no se puede cumplir por el problema de la revelación de preferencias. Por ende el Estado privilegiaría el Derecho a la preferencia.

3. El castigo es a menudo necesario para la disuasión. Por ejemplo, suponiendo que un ladrón está considerando si le convendrá robar un televisor de \$ 1000.

Supongamos que la probabilidad de que el ladrón sea aprehendido y condenado es igual a 0.5. Supongamos que el ladrón es responsable en el derecho de la propiedad, pero no en el derecho penal. El costo esperado del robo para el delincuente es igual a la responsabilidad esperada: $0.5 (\$ 1000) = \500 . El beneficio para el ladrón es igual a \$ 1000. Por lo tanto, el beneficio neto esperado por el ladrón es igual a $\$1000 - \$500 = \$500$. Es decir la sola responsabilidad civil hace rentable al robo¹⁰⁰.

A fin de disuadir a los ladrones, la ley debe imponer un castigo suficiente para que el beneficio neto esperado del delito para el delincuente sea negativo. En el ejemplo precedente la disuasión del ladrón requiere una multa de \$1000 por lo menos, así como la devolución del televisor.

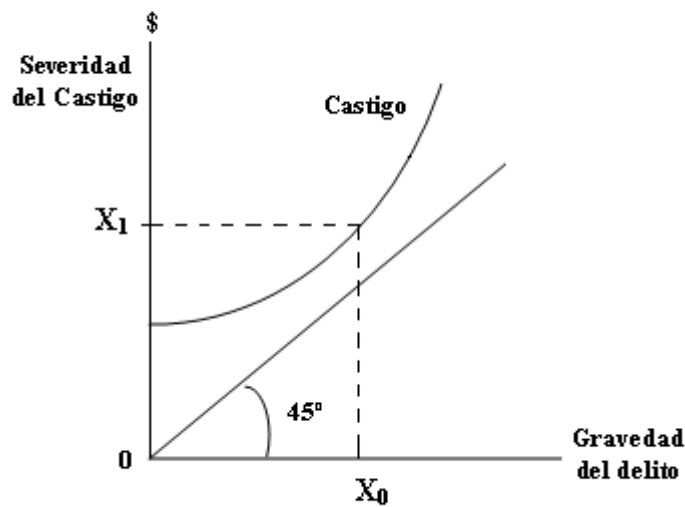
3. El modelo económico del comportamiento criminal.-

En el punto anterior se han ofrecido algunas razones económicas por las cuales es necesario que el derecho penal complemente al derecho de los ilícitos culposos. Ahora desarrollaré la teoría con la cual se podría predecir el comportamiento criminal, explicando cómo una persona racional, amoral¹⁰¹ podría optar entre cometer o no cometer un delito. Los delitos pueden ordenarse según su gravedad y los castigos pueden ordenarse según su severidad. Por lo general, los castigos más severos se asignan a los delitos más graves, esto se representa a continuación en la gráfica 4.

¹⁰⁰Mitchell Polinsky and Steven Shavell, "Public enforcement of law", **Encyclopedia of law and Economics**, *Harvard University* 1999, p.346.

¹⁰¹Criterio que se asume de lo descrito anteriormente, en el que se dice que la economía en sí misma es amoral desde la separación de la religión y la ciencia. Para fines de este trabajo se entiende por "persona racional amoral" aquella que cuidadosamente determina los medios para alcanzar fines ilegales sin ninguna restricción por la culpa o la moral internalizada.

Gráfico 4
Severidad del castigo como una función de
la gravedad de la ofensa



Fuente: Cooter y Ullen, *Derecho y Economía*.
Elaboración: El autor.

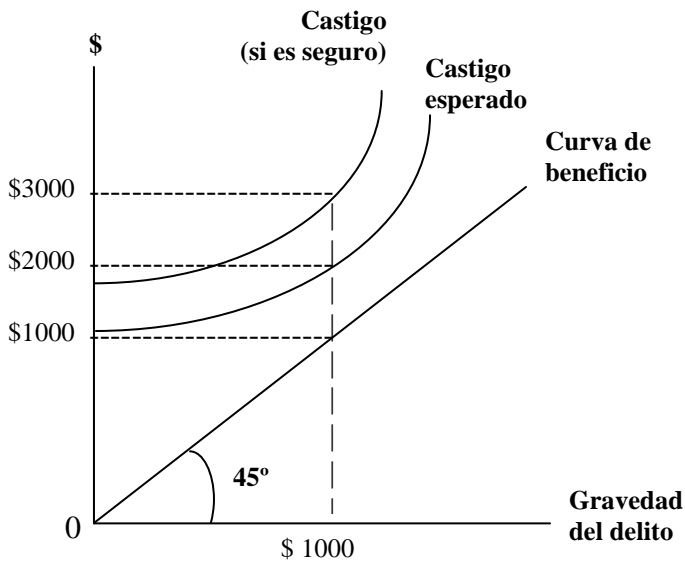
Medimos la gravedad del delito en el eje horizontal y la severidad del castigo en el eje vertical. La línea curva designada “castigo” muestra la severidad del castigo prescrita en el código penal en función de la gravedad de la ofensa. La curva del castigo tiene pendiente positiva para indicar que el castigo se vuelve más severo a medida que el delito se vuelve más grave.

Para ejemplificar, consideremos el delito de cohecho en la gráfica 5. La gravedad del cohecho¹⁰², en nuestra legislación, se mide por el monto de lo percibido por el funcionario público, más el agravante o atenuante de si el acto por el cual acepta el bien o servicio es a cambio de un hecho u acto justo o injusto.

¹⁰²**Código penal ecuatoriano, artículo 285:** “Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa, o recibieren dones o presentes, para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a cien sucres, a más de la restitución del duplo de lo que hubieren recibido”.

Serán reprimidos con prisión de uno a cinco años y multa de cuarenta a doscientos sucres, a más de restituir el triple de lo percibido, si han aceptado ofertas o promesas, o recibido dones o presentes, bien sea por ejecutar en el ejercicio de su empleo u oficio un acto manifiestamente injusto; bien por abstenerse de ejecutar un acto de su obligación”.

Gráfico 5.
El efecto de la incertidumbre del castigo



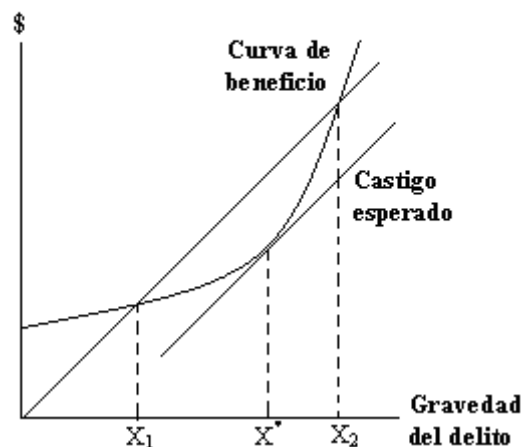
Fuente: Cooter y Ullen, *Derecho y Economía*.
Elaboración: El autor.

De acuerdo con este fundamento de derecho, las cantidades del eje horizontal de la gráfica 5 se miden en dólares. De igual modo, en virtud del artículo 285 del Código Penal ecuatoriano, el castigo en cuestión es una multa, de modo que un castigo más severo corresponde a una multa más elevada, incluso dependiendo de la situación se incrementa la pena. De acuerdo con este presupuesto, también las cantidades del eje vertical de la gráfica 5 se miden en dólares. Puesto que ambas cantidades se miden en dólares, pueden compararse fácilmente la ofensa y el castigo. El beneficio del cohecho para el delincuente es igual al monto en dólares de lo recibido. Indicamos esto por la línea de beneficio (o curva de ganancia) que es idéntica que es idéntica a la línea de 45° de la gráfica 5. Por ejemplo, si el delincuente desvía \$1000, el “beneficio” del delito (medido por el eje vertical) es también igual a \$1000. La ley penal al imponer castigos al empleado público que pide algo a cambio de favores, el valor en dólares del castigo debe superar al valor en dólares de la cantidad desviada (en la ley el doble si el favor es justo y el triple si es injusto). Es decir el castigo sería de 2000 o de 3000, si es justo o injusto respectivamente. Por otro lado, como ya se dijo, el castigo de los delincuentes es probabilístico, pues es posible que el delincuente no sea descubierto o aprehendido, o

que sea aprehendido pero no condenado¹⁰³. En el gráfico 5, si el delito de cohecho se cometiera a cambio de un favor injusto, entonces la probabilidad (p) se triplicaría, $(\$1000) (3) = \3000 , triplicándose de esta manera la multa. Como se presume la adversidad al riesgo, si se aumentase la pena, se estaría también disuadiendo a no cometer el delito al aumentar la probabilidad de ser descubierto. Como ya se manifestó una persona que toma decisiones racionales, amoral desviará dinero mientras que el beneficio supere al castigo esperado¹⁰⁴. Aunque el castigo sea incierto por hipótesis, el castigo esperado supera todavía al beneficio en la gráfica, de modo que no ocurrirá el desvío.

La situación cambia en la gráfica 6. En este caso, el castigo esperado cae por debajo de la curva de ganancias del desvío por lo menos tan grave como X_1 y no más grave que X_2 . En estas circunstancias, una persona que toma decisiones racionales desviará alguna cantidad de dinero. Podemos leer en la gráfica la gravedad exacta de la ofensa más rentable. El beneficio esperado de la es igual a la diferencia existente entre la ganancia y el castigo esperado, la que se representa en la gráfica por la distancia vertical entre la curva de ganancias y la curva del castigo esperado. La distancia vertical se maximiza cuando la gravedad de la ofensa es igual a X^* . Podemos concluir que una persona que toma decisiones racionales desviará la cantidad X^* .

Gráfico 6. El castigo esperado y la decisión de cometer un delito



Fuente: Cooter y Ullen, Derecho y Economía
Elaboración: El autor

¹⁰³Erling Eide, art. cit., p. 353. En este artículo se menciona que existe evidencia empírica acerca de las decisiones del delincuente, en el sentido del comportamiento probabilístico del criminal para cometer sus ilícitos.

¹⁰⁴Supongamos implícitamente la neutralidad hacia el riesgo. Una persona que sienta aversión por el riesgo se sentirá más disuadida por un castigo severo aplicado con escasa probabilidad que por un castigo moderado aplicado con alta probabilidad, cuando se mantiene constante el castigo esperado

3.1. El modelo básico del comportamiento criminal.-

Como ya se anotó en la teoría tradicional del crimen, el comportamiento delincencial es el acto, típico, antijurídico y culpable, por lo tanto el derecho penal se ocupa de las razones del ilícito, pues el delito debe existir tal cual como acto, además debe existir la conciencia dolosa de cometer el ilícito, el cual estará necesariamente tipificado. Para cometer delitos, no basta que los individuos actúen como si tuviesen una intención delictiva.

En cambio, los economistas describen al modelo económico de la toma de decisiones como una explicación del comportamiento, no como una explicación de los procesos subjetivos del razonamiento. Por ende, se dice que los delincuentes actúan como si estuviesen comparando los beneficios marginales del delito con los castigos esperados. Pese a esto, sí es viable conciliar los modelos económicos del crimen con la teoría penal mediante el concepto de peligrosidad, la cual ha sido definida, especialmente por tratadistas italianos, como la capacidad de una persona para convertirse probablemente en autora de delitos. También se ha dicho que la peligrosidad es la “cualidad”, la “capacidad”, la “aptitud”, la “tendencia” de la persona para cometer delitos.¹⁰⁵

Además, se debe establecer que para el modelo de comportamiento económico criminal el beneficio del delincuente no se lo suma a los costos sociales causados del delito, es por así decir, una ganancia neta del delincuente que más bien “redistribuye la riqueza social”, como dice Becker: “no conlleva un costo social verdadero, son simples transferencias, en las que las pérdidas para las víctimas son compensadas por las ganancias para los criminales”¹⁰⁶. El punto de vista que aquí se adopta es que una persona comete un agravio si la utilidad esperada excede la utilidad que obtendría empleando su tiempo y recursos en otras actividades. Por lo tanto algunas personas se convierten en delincuentes no porque su motivación básica difiera de las de otras personas, sino porque sus beneficios y costos difieren.

¹⁰⁵Simón Hurtado, **Teoría de la culpa**, tesis, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1998, p.97. Antolisei. Concepto de peligro.- La peligrosidad tiene su origen en la personalidad del hombre, no en las acciones, así nos dice: “Se tiene peligrosidad de las acciones, cuando el comportamiento del agente es tal que haga considerar probable la realización de un resultado temido; y se tiene peligrosidad del delincuente cuando la persona es tal que haga considerar probable que ella comete acciones perjudiciales. La primera implica relaciones entre el comportamiento humano y determinado resultado; la segunda, relaciones entre una persona y determinada conducta.

¹⁰⁶Becker Gary, **Crime and Punishment: An Economic approach**, en Journal of Political Economy, vol. 76, número 3, 1968 pp. 169.

Las premisas anteriores permiten concluir con la ecuación del modelo del comportamiento criminal, la misma que fue hecha por Becker¹⁰⁷, él establece que debido a que el resultado de un acto criminal es incierto, asume como si fueran dichos actos con preferencias estables, es decir maximizando las expectativas de utilidad, la misma que es una función positiva del ingreso. Por lo tanto, la expectativa individual de la utilidad de cometer un delito es:

$$(2) \quad E [U] = P U (Y-f) + (1 - P) U (Y)$$

Donde:

$U (\cdot)$ = Es la función de utilidad individual Von Neumann Morgensten.

Y = La ganancia de cometer el crimen, sea esta una ganancia psicológica o material, siempre será valuada, según el AED, monetariamente.

f = El equivalente monetario del castigo.

El individuo cometerá el crimen si la función de expectativa de la utilidad es positiva y no cometerá si es negativa. Se asume, comúnmente, que las preferencias son estables y por ello se pueden generar predicciones acerca de las respuestas a varios cambios en los parámetros. De manera que es posible prevenir el cometimiento de delitos o simplemente se puede explicar el tipo de preferencia.

Esto es, si las ganancias monetarias y psicológicas son suficientes para cubrir el material y los costos psicológicos, así como el valor del tiempo del criminal (costos del tiempo), y una compensación por el riesgo (costo del castigo esperado), entonces el crimen racional será cometido.

En la ecuación (2), Becker considera las ganancias y castigos como equivalentes de un mismo delito, separadas como si fuesen dos ingresos independientes. Sin embargo otros autores como Brown y Reynolds (1993) analizan la posición inicial del ingreso individual como un punto de referencia, es decir el ingreso que normalmente gana el individuo, sea por sus actividades legales o ilegales. Así la esperanza sería:

$$(3) \quad E [U] = P U (W-f) + (1 - P) U (W+g)$$

¹⁰⁷ Ibid.

Donde:

W = Es el ingreso inicial.

g = Es la ganancia del crimen.

f = El equivalente monetario del castigo.

Aquí el crimen será cometido si la expectativa de la utilidad es mayor que la utilidad inicial del ingreso W .

Además es indispensable explicar el comportamiento delictivo racional utilizando una notación matemática correspondiente al análisis de la gráfica 2.

$$(4) \quad \boxed{\text{máx. } y(x) - p(x)m(x), \text{ donde } y = y(x)}$$

Donde:

Y = Ganancia obtenida del delito por el delincuente (medida en dólares).

X = Gravedad del delito, donde suponemos que la ganancia es una función creciente de la gravedad del delito: $y = y(x)$, no obstante $y = x$, cuando la línea es de 45°.

m = Es una multa por la comisión de un delito de gravedad x , dado la función $m = m(x)$

p = Probabilidad de ser castigado por la comisión de un delito de gravedad x esté dada por la función $p = p(x)$.

Por lo tanto, el castigo esperado es igual al producto del monto del castigo y su probabilidad: $p(x)m(x)$.

El delincuente racional amoral escoge la gravedad del delito x que maximice su ganancia neta, la que es igual a la ganancia $y(x)$ menos el castigo esperado, tal como se muestra en la ecuación (4)¹⁰⁸.

Los valores marginales de las funciones $p(x)$ y $m(x)$, que se denotan por p' y m' , dan los cambios de la probabilidad del castigo y su severidad cuando la gravedad del delito x , experimenta un ligero cambio. De igual modo, el valor marginal de y , que denotamos por y' , da el cambio de la ganancia cuando la gravedad del delito cambia ligeramente. El delincuente maximiza los beneficios netos de su crimen desviando una

¹⁰⁸En este modelo de criminalidad se estableció que los delincuentes son neutrales al riesgo, sin embargo resulta importante saber que, mediante la fórmula (4) se puede establecer que si la elasticidad de la utilidad esperada con respecto a la probabilidad de ser condenado, excede a la elasticidad de la utilidad esperada con respecto a la convicción (ambos en valor absoluto), el ofensor será amante al riesgo.

cantidad de dinero hasta el punto en que el beneficio marginal de una cantidad adicional desviada sea igual al castigo esperado marginal:

$$(5) \quad \begin{array}{ccc} y' & = & p'm + pm' \\ \textit{Beneficio marginal} & & \textit{Costo del castigo} \\ & & \textit{marginal esperado por el} \\ & & \textit{delincuente} \end{array}$$

El castigo marginal esperado por el desvío de un dólar adicional tiene dos componentes: el cambio de la severidad del castigo p' , multiplicado por el nivel de la multa; y el cambio de la severidad del castigo m' , multiplicado por el nivel de probabilidad del castigo. Se podría incluso asignar signos a estos dos componentes. Los delitos más graves atraen un esfuerzo de ejecución mayor por parte de las autoridades, de modo que, por lo general, la probabilidad del castigo aumenta con la gravedad del delito. Por lo tanto, p' es casi siempre un número positivo. Además, la severidad del castigo aumenta casi siempre con la gravedad del delito, de modo que m' es un número positivo. Puesto que p' y m' son en general positivos, la curva del castigo esperado de la gráficas 1, 2 y 3 tiene pendiente positiva.

Podemos utilizar la ecuación 5, al igual que las ecuaciones 2 y 3, para predecir la respuesta de los delincuentes ante los cambios de los costos y los beneficios marginales. Una inversión de más esfuerzo en la aplicación del derecho penal puede aumentar la probabilidad marginal p' , de castigar al delincuente. De igual modo, una inversión de más esfuerzo en el castigo de los delincuentes, como mejorar el sistema de recaudación de multas, puede aumentar la severidad marginal m' . De acuerdo con la ecuación 5, un aumento de p' o de m' disminuirá la gravedad de la ofensa cometida por el delincuente racional.

Otra consideración acerca de la ecuación (5) es que el beneficio marginal del delito disminuye cuando se reducen las oportunidades de cometer delitos lucrativos, una disminución del beneficio marginal del delito y' , reducirá la gravedad de la ofensa cometida por el delincuente racional.

Se puede concluir, en virtud del modelo antes anotado que, un aumento de p' o m' , o una disminución y' , reducirá el número, antes que la gravedad, de las ofensas cometidas por los delincuentes racionales. Se aplica el mismo razonamiento a la gravedad y el número de los delitos.

Según Cooter y Ullen ¹⁰⁹ este modelo simplifica la realidad de varias maneras, sin embargo no afectan a las predicciones cualitativamente, con lo cual ellos quieren decir que si se introduce mayor complejidad al modelo no afecta la dirección de la mayoría de las predicciones, es decir, en general los delitos bajan cuando aumenta el castigo esperado.

3.2. Extensión al modelo básico del comportamiento criminal.

Como ya se ha estudiado, en los modelos sobre el comportamiento criminal, sobre cuál es la repercusión sobre las probabilidades de ser castigado y la severidad del castigo, además del costo y beneficio de las actividades legales e ilegales, existe una influencia de las normas, además, en todos estos modelos están incluidas otras variables como: edad, raza y género. No obstante, en 1976¹¹⁰ se completó el modelo, al establecer de cómo las preferencias son formadas, determinándose que los comportamientos no son asumidos de manera muy diferente entre sociedades y culturas, es decir, se deduce que el comportamiento criminal puede ser asumido como general.

Con tales descripciones hay que completar el modelo del comportamiento criminal, con las siguientes funciones:

$$(6) C = f(P, S, Z_j),$$

$$(7) P = g(C, R, Z_k),$$

$$(8) R = h(C, Z_l),$$

Donde:

C = Tasa de criminalidad (número de crímenes por población).

P = Probabilidad de ser castigado.

S = Severidad del castigo.

R = Recursos del sistema de justicia criminal

Z_j, Z_k, Z_l = Vector de factores socio económicos.

La función (6) describe que la tasa de criminalidad es una función de la probabilidad de ser castigado y de la severidad del castigo.

¹⁰⁹Cooter y Ullen, op. cit. p. 558.

¹¹⁰Erling Eide, op. cit. p.357.

La función (7), describe que la tasa de crímenes es una función de la tasa de crímenes y los recursos asignados al sistema de justicia criminal.

La función (8), describe que los recursos asignados es una función de las tasas de criminalidad.

Con las funciones anteriores se intenta explicar que no únicamente se puede explicar la criminalidad como una función del comportamiento humano, sino también es menester comprender las instituciones que manejan la justicia criminal y cómo estas pueden ayudar a controlar y disminuir la delincuencia.

3.3. Una curva de oferta del crimen.

Luego de ilustrar los elementos involucrados en una decisión racional de cometer o no cometer un crimen, a continuación se procederá a desarrollar el concepto de una curva de oferta del crimen.

La curva de oferta mostraría el número de crímenes por período de tiempo que los criminales como grupo están dispuestos a cometer a diferentes ganancias promedio¹¹¹. Describe la relación entre el precio y la cantidad “ofrecida de crimen”.

Para cada criminal en lo individual, la dirección de la relación entre precio y cantidad no es inmediatamente clara. Al aumentar la ganancia promedio (precio), el individuo puede cometer más crímenes¹¹². Sin embargo, es posible que mientras un criminal produce más crímenes por período de tiempo, la probabilidad de castigo o la magnitud de castigo pueda incrementarse. Si esto sucede, el criminal tendría que ser capaz de realizar una ganancia mayor del crimen para ser inducido a cometer más crímenes por período de tiempo. Esto significa que el criminal ofrecería “cometer más crímenes”, sólo si la ganancia se incrementara, tal como lo demuestra la gráfica 7.

Para Roemer¹¹³, cuando consideramos a los criminales como un grupo, como si se tratase de una “industria” la curva de pendiente positiva es aún más fuerte, es decir al aumentar las ganancias del crimen, no solo algunos individuos o empresas, serán

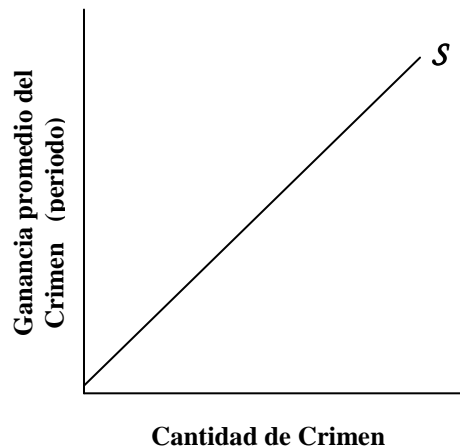
¹¹¹Al respecto existe evidencia empírica que demuestra esta posibilidad de análisis. Witte (1980) y Schmidt (1984) han trabajado con una muestra al azar de 641 delincuentes liberados de la prisión de Carolina del Norte, en este grupo se demostró que la probabilidad de reincidir está en función inversa a la severidad del castigo. Myers (1983), también llegó a la misma conclusión, usando una muestra de 2127 ex reos de las prisiones federales de Estados Unidos, esto quiere decir que la curva de oferta del crimen es aún más evidente en los casos que el delincuente ya ha sido apresado.

¹¹²Roemer Andrés, *Economía del Crimen*, p. 146. Él manifiesta que no sólo depende de los incentivos monetarios para cometer delitos, sino también sugiere el modelo de elección entre ocio y trabajo, suponiéndose que un individuo será “más criminal” según cómo el delincuente distribuya su actividad ilegal entre ocio y trabajo. Es una decisión de cómo distribuir el tiempo de un día en cometer o no delitos.

¹¹³Ibid, pp.148.

inducidos a cometer más crímenes, algunos individuos o empresas adicionales serán inducidos a entrar a la industria de lo ilegal¹¹⁴, suponiendo que no exista monopolios que pongan barreras de entrada a nuevos competidores.

Gráfico 7
La curva de Oferta de Crímenes



Fuente: Roemer, Andrés, Economía del Crimen.
Elaboración: El autor.

4. Políticas públicas.

Se estableció un modelo económico de comportamiento criminal como fundamental para conocer las causas de la criminalidad desde la óptica económica, también se concluyó que de esta manera se puede prevenir varios incidentes ilícitos, puesto que al ser racional el delincuente, se podría predecir la manera de actuar y calcular la ofensa, este último criterio, además de otros, es útil para el Estado para crear políticas públicas, pues como ya se anotó es a esta institución a quien corresponde cuidar tanto de la seguridad pública como de crear normas penales eficientes.

4.1. La disuasión¹¹⁵ óptima y el castigo eficiente.

¹¹⁴Gianluca Fiorentini, "Organized crime and illegal market", **Encyclopedia of law and Economics**, Dipartimento di Scienze Economiche, Università di Bologna, 1999. En este trabajo se hace un estudio detallado de la forma de comportamiento económico criminal de las organizaciones delictivas, mostrando modelos en los que se concuerda empíricamente con el modelo de la oferta de crímenes. En el capítulo cuarto, mírense los casos 1, 2 y 6, (*infra* pp. 3, 6 y 22) en ellos se describen a verdaderas "empresas" de cometer delitos, tanto en delitos de narcotráfico como delitos contra las personas.

La gráfica 8 describe cómo se logra el equilibrio entre el costo neto del daño causado por el delito y el costo de su prevención. En esa gráfica, el eje horizontal mide las reducciones de la cantidad de la actividad delictiva, variando desde la reducción nula en el origen hasta una ausencia completa de delitos en la cantidad de 100%. Las cantidades de dólares se miden en el vertical. La curva CSM_D tiene pendiente positiva porque los funcionarios públicos emprenden la disuasión fácil antes de recurrir a la disuasión más dura. En consecuencia, el logro de reducciones adicionales del delito se vuelve cada vez más costoso. Por ejemplo, la reducción del delito en 1% adicional es más fácil cuando el delito se ha reducido 5% que cuando el delito se ha reducido 95%.

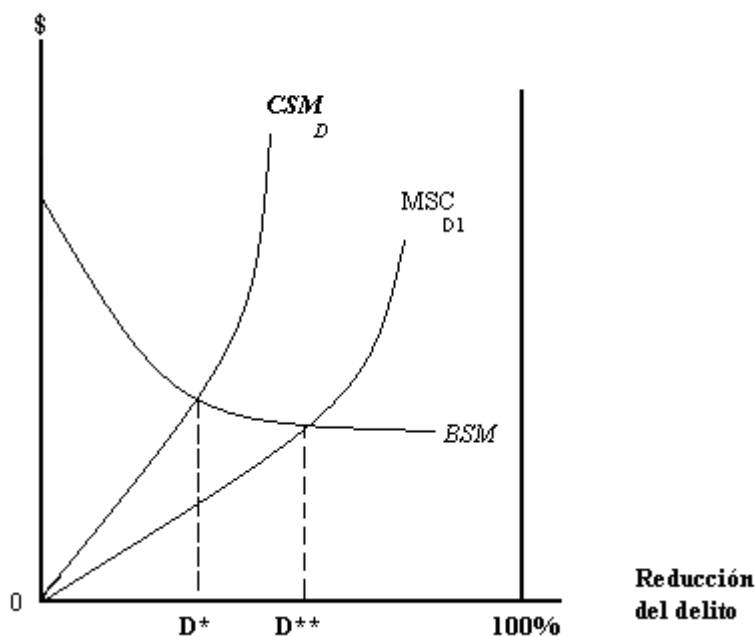
La curva designada BSM mide el beneficio social marginal del logro de diversos niveles de reducción o disuasión del delito. BSM tiene pendiente negativa porque el beneficio, para la sociedad, de una pequeña reducción de la cantidad de delitos disminuye a medida que declina la cantidad total de los delitos. Así, la reducción de 5 a 7% beneficia a la sociedad más que la reducción de 95 a 97%.

Ocurre la disuasión socialmente óptima en el punto donde el costo social marginal de una reducción adicional del delito se iguala al beneficio social marginal. En la gráfica 8, ocurre el óptimo social al nivel de disuasión marcado D^* . No obstante, para cualquier nivel de reducción del delito menor que D^* , el beneficio social marginal de una reducción adicional supera al costo social marginal, de modo que la sociedad debería reducir adicionalmente el delito. De igual modo, para cualquier nivel de reducción del delito mayor que D^* los costos sociales marginales de una reducción adicional superan al beneficio social marginal, de modo que la sociedad debería permitir que más delitos se queden sin disuasión.

Los cambios ocurridos en CSM_D y BSM pueden cambiar el nivel óptimo de la disuasión. Por ejemplo, suponiendo que baja el costo de oportunidad de los recursos destinados a la disuasión del delito, mientras que permanece constante el beneficio social marginal de la disuasión; CSM_D bajaría a MSC_{D1} , y el nivel óptimo de la disuasión aumentaría a D^{**} .

¹¹⁵Se entiende por disuasión la manera de inducir a no cometer delitos.

Gráfico 8 El nivel eficiente de la disuasión



Fuente: Posner, El análisis económico del Derecho.
Elaboración: El autor.

4.2. La matemática de la disuasión óptima.

Del gráfico anterior se puede deducir la siguiente fórmula:

$$(9) \quad \text{Costo social} = \frac{(d + i - b) p(R)}{\text{daño neto esperado}} + \frac{R}{\text{disuasión}}$$

Dónde:

d = Daño directo de cometer el delito.

i = Daño indirecto de cometer el delito.

b = Beneficio del delito por parte del delincuente.

R = Recursos del sistema de justicia criminal.

Se entiende que d es el costo del daño directo de cometer el delito, como por ejemplo los \$1000 en el caso del delito de cohecho presentado anteriormente. Además el delito tiene un costo indirecto, que es el costo originado para un individuo, sea para

protegerse de posibles hechos delictivos, sea para no volver a sufrir tales acciones¹¹⁶, se puede considerar que es el costo sufrido por la sociedad, puesto que un crimen crea inseguridad. Por lo tanto, el daño causado por un delito es la suma del costo directo y el costo indirecto: $(d+i)$.

Debido a que el delincuente se beneficia de su acto delictivo, se resta el beneficio del delincuente del costo del daño, y de acuerdo con este enfoque el daño neto del delito es $(d+i-b)$.

El delito ocurre con una probabilidad p , donde p depende del nivel de la disuasión. Sea que R , como ya se dijo en la función (7), represente los gastos en policía, tribunales, fiscales, prisiones, etc. suponiéndose que dichos gastos se asignen eficientemente como factor que contribuya a la disuasión. La frecuencia del delito p , es una función decreciente de los gastos en disuasión: $p = p(z)$, con la probabilidad marginal negativa, $p' < 0$. La probabilidad del delito multiplicada por su daño neto es igual al daño neto esperado $(d+i-b)p(z)$.

En consecuencia, el costo social neto esperado del delito es igual a la suma del daño esperado y los gastos de la disuasión, tal como se muestra en la ecuación (9). La eficiencia requiere que se escojan los gastos en disuasión z , de tal modo que se minimicen los costos sociales netos esperados.

Es costo marginal de gastar un dólar adicional en disuasión es igual a un dólar. El beneficio marginal resultante es igual a la reducción del daño neto esperado resultante de la disminución marginal del delito causada por el gasto de un dólar adicional en la disuasión, la que ya denotamos por p' . Por ende, la disuasión óptima requiere que se escoja z de tal modo que:

$$(10) \quad \begin{array}{l} \mathbf{1} \\ \textit{Costo marginal} \\ \textit{de la} \\ \textit{disuasión} \end{array} = \begin{array}{l} \mathbf{(d + i - b)} \\ \textit{Costo neto esperado} \\ \textit{del} \\ \textit{delito} \end{array} + \begin{array}{l} \mathbf{(-p)} \\ \textit{Disminución} \\ \textit{marginal de} \\ \textit{la probabilidad} \end{array}$$

¹¹⁶Este costo se deduce de la percepción de un individuo, entendiéndose por percepción al factor subjetivo que hace sentirse a las personas inseguras, sea en sus hogares, sea en las calles.

De esta ecuación se deducen dos implicaciones. Primero, mientras que la disuasión sea costosa, es improbable que la disuación óptima sea la disuación perfecta. Es decir, la disuación costosa impide que una sociedad racional elimine el delito disuadiéndolo perfectamente. Segundo, si aumenta el costo de la disuación, disminuirá la cantidad óptima de ella. Tercero, si aumenta el daño neto del delito, aumentará la disuasión óptima¹¹⁷.

4.3. Instrumentos óptimos de disuasión.

Mostrándose cómo se determina la cantidad óptima de la disuación, a continuación se describen los instrumentos con los cuales se puede diseñar una política de disuasión óptima por parte del Estado, pues deben tomarse muchas decisiones de asignación, tales como la elección entre patrullas ambulantes y las patrullas en automóvil de la policía o cómo la elección entre mayor utilización de las multas y mayor utilización de cárceles.

Por ejemplo, la asignación de más recursos para volver el castigo más seguro o más severo, como la asignación de más recursos a la policía vuelve más seguro el castigo, y la asignación de más recursos a las prisiones permite la imposición de sentencias más largas.

4.3.1. Isocuantas de la disuasión.

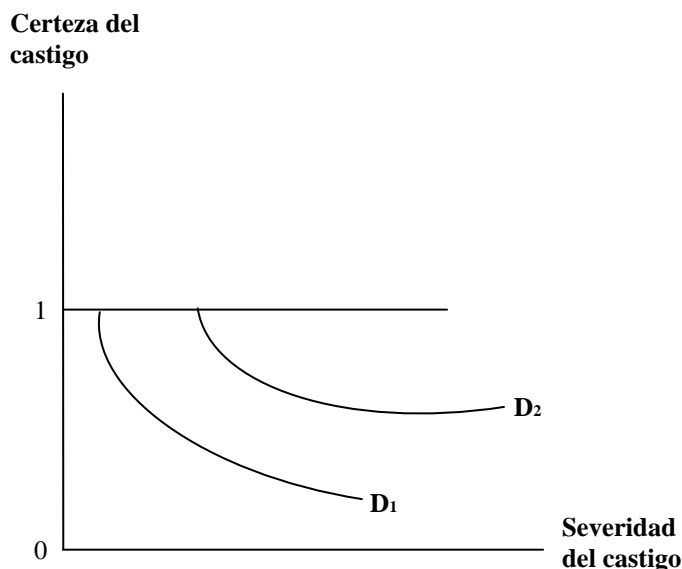
En la gráfica 9 se describe la elección entre la certeza y la severidad. El eje vertical mide la probabilidad de que el delincuente sea castigado; el eje horizontal mide la severidad del castigo.

Cuando se multiplica la probabilidad del castigo por su severidad, el resultado es el castigo esperado. Las líneas de pendiente negativa de la gráfica 9 representan las combinaciones de certeza y severidad que generan el mismo castigo esperado. El castigo esperado, es el mismo a lo largo de una línea porque, cuando se avanza por la línea, los cambios ocurridos en la probabilidad del castigo contrarrestan exactamente los cambios ocurridos en su severidad, no obstante el desplazamiento de la línea de D1 a D2 incrementaría el castigo esperado.

¹¹⁷Este modelo matemático se simplifica la implementación de una tarifa óptima de castigos. Por ejemplo si se sancionara cadena para cualquier delito, esto propiciaría que se cometan delitos mayores por delitos menos leves.

Si la isocuanta de disuasión D_1 (bajo el supuesto de que la cantidad de delito es constante cuando el castigo esperado es constante, y que la cantidad de delitos disminuye cuando aumenta el castigo esperado) se traslada a la isocuanta D_2 , existiría una tasa delictiva menor, es decir D_2 es la combinación de certeza y seguridad preferida.

Gráfico 9
Isocuantas de la disuasión



Fuente: Cooter y Ullen, *Derecho y Economía*.
Elaboración: El autor.

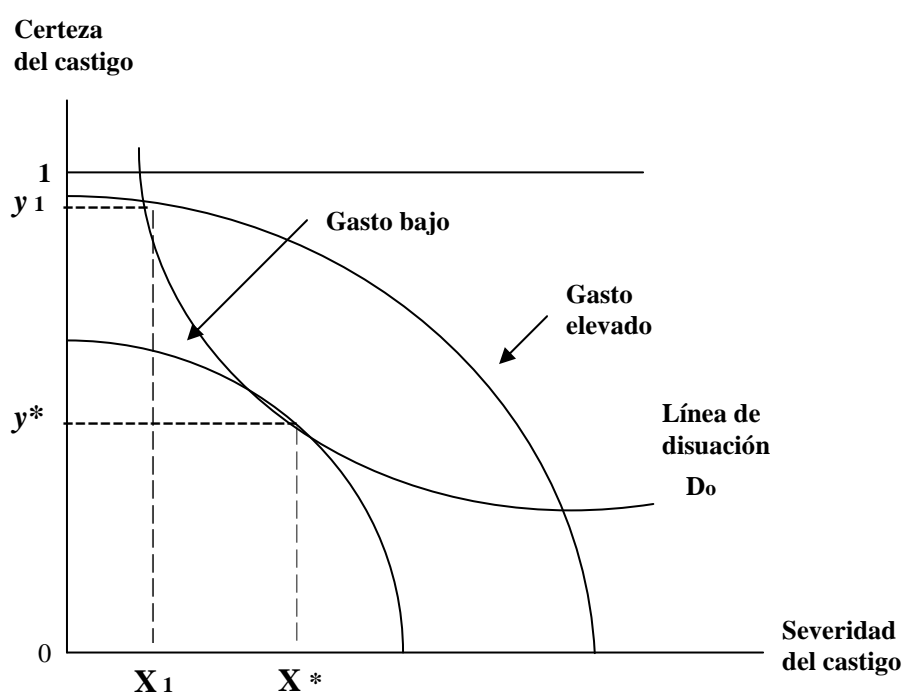
4.3.2. La combinación eficiente de certeza y severidad del castigo.

Al mantenerse constante la cantidad de delitos, a la vez se mantiene constante la disuasión. En cambio se podría mantener constante el gasto total en la disuasión de delitos. En el gráfico 10, la curva denominada gasto elevado indica las combinaciones de certeza y severidad que pueden alcanzar una localidad gastando una suma elevada en la disuasión.

De igual modo, la curva llamada gasto bajo indica las combinaciones que la localidad puede alcanzar gastando en la disuasión una suma de dinero baja. Los gastos cambian solo cuando se pasa de una línea a otra. De este modo se puede establecer las combinaciones óptimas de severidad y certeza. Si el sistema legal puede alcanzar un nivel de disuasión mayor con su nivel de gasto actual, la situación actual no es eficiente.

Por ello los puntos (x^*, y^*) son preferidos a (x_1, y_1) , debido a que el primero está en una línea de disuasión más alta. Esto es, si se empieza en cualquier extremo de la línea de gasto bajo y se avanza hacia el centro, a medida que avanza, se cruzan líneas de disuasión más altas, aumentando la disuasión, empero si se avanza más allá de (x^*, y^*) , a disuasión disminuirá. En consecuencia (x^*, y^*) , el punto de tangencia de la curva de gasto bajo y la isocuanta de disuasión, es el óptimo.

Gráfico 10. La combinación eficiente de certeza y severidad del castigo



Fuente: Cooter y Ullen, Derecho y Economía.
Elaboración: Propia.

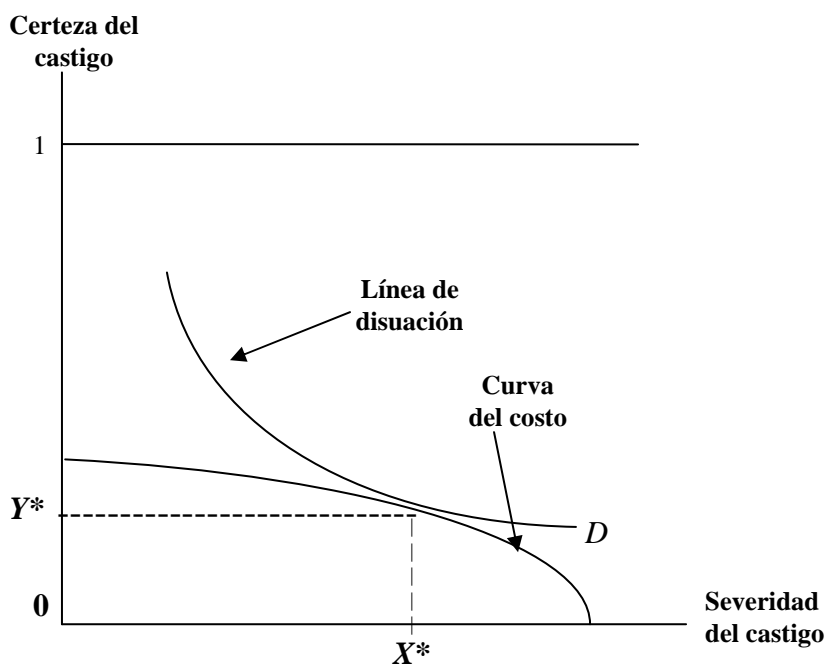
4.3.3. Asignación de los recursos.-

A continuación se muestra cómo debería ser la asignación de los recursos a la disuasión, primero para conocer si es costosa la severidad del castigo y segundo si es costosa la certeza.

La gráfica 11, representa el caso en el que la certeza es costosa en relación a la severidad que es barata, la disuasión eficiente requiere un castigo severo (multas grandes) administrado con escasa probabilidad de aprehensión y condena. Por ejemplo

los policías y fiscales son costosos, mientras que la administración de las multas es tan barata que incluso genera un ingreso para el Estado, siempre y cuando la multa esté al alcance del reo. Este hecho se presenta en la gráfica 11, en el punto (x^*, y^*) ; la probabilidad del castigo y^* es pequeña en relación con la multa x^* . Por lo tanto, en este caso el instrumento eficiente para lograr la disuasión D consiste en gastar relativamente poco en policías y fiscales e imponer a los delincuentes fuertes multas. En lugar de suponer que el castigo es una multa, se podría suponer que es la prisión. Al contrario de lo que ocurre con las multas, la prisión es muy cara. Suponiendo que las sentencias de prisión más largas, que incrementan la severidad del castigo, cuestan al Estado más que policías y fiscales adicionales, lo que incrementa la certeza del castigo.

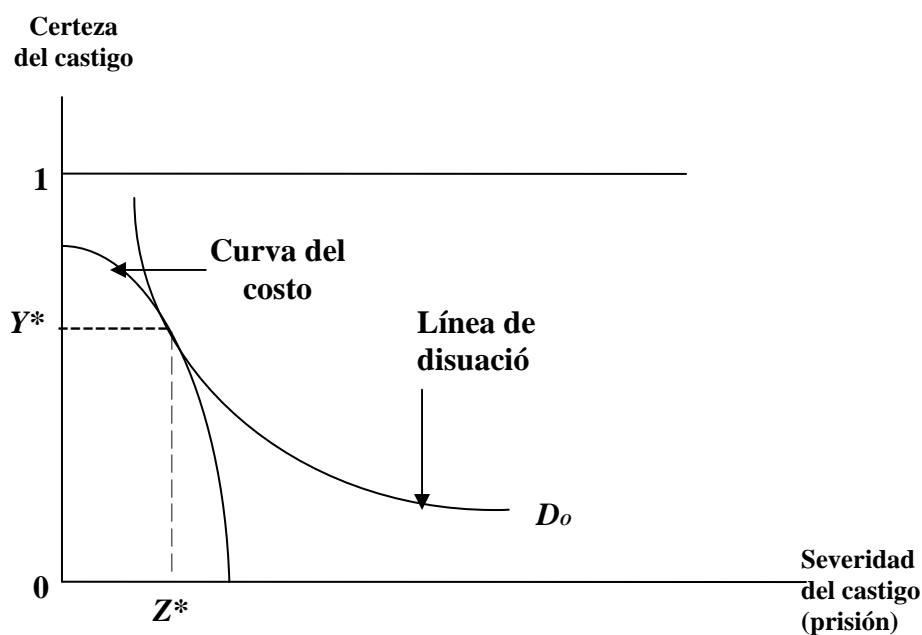
Gráfico 11. Asignación de los recursos a la disuasión cuando la certeza del castigo es relativamente más cara que la severidad del castigo



Fuente: Cooter y Ullen, Derecho y Economía.
Elaboración: Propia.

Con este supuesto, la disuasión eficiente podría requerir un castigo moderado con alta probabilidad, esto se especifica en la gráfica 12, en el punto óptimo (z^*, y^*) , correspondiendo a una sentencia de prisión segura, pero breve.

Gráfico 12 Asignación de los recursos a la disuasión cuando la severidad del castigo es relativamente más cara que la certeza del



Fuente: Cooter y Ullen, Derecho y Economía.
Elaboración: Propia.

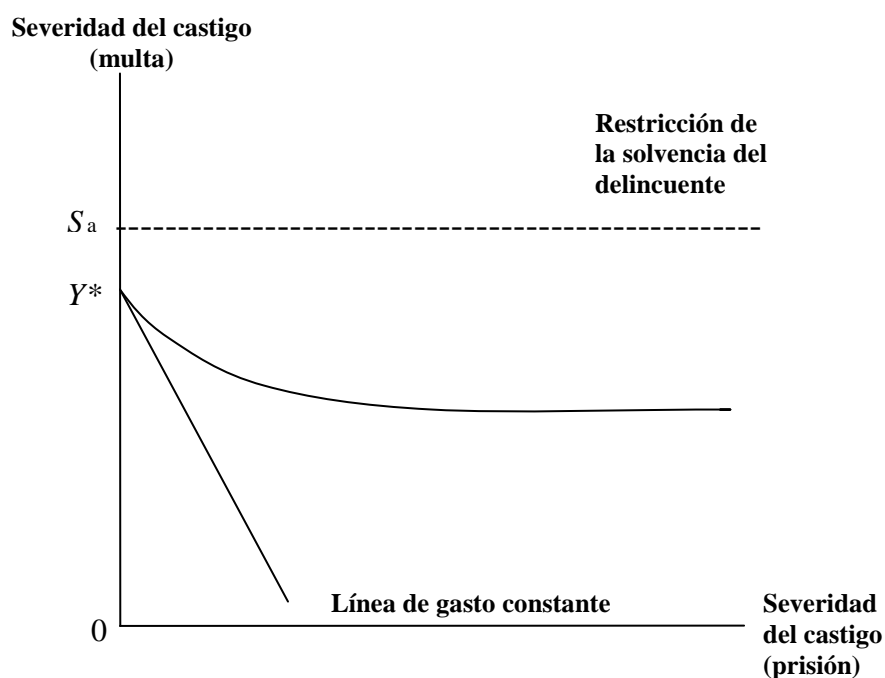
4.3.4. El dilema entre las multas y la prisión.-

Otra consecuencia inmediata de la combinación entre certeza y castigo, es el dilema existente entre las multas y la prisión. En las gráficas 13 y 14, que se presentan a continuación, se coloca la severidad de la prisión en el eje horizontal y la severidad de la multa en el eje vertical. La isocuanta de la disuasión designada D_0 en las gráficas conecta las combinaciones de multas y penas de prisión que disuaden iguales cantidades de delitos. En otras palabras, D_0 indica la cantidad en que las multas deben aumentar para contrarrestar una disminución de la prisión a fin de mantener constante la cantidad de delitos. Se podría suponer a priori, que la prisión es más costosa que la recolección de multas para el Estado.

La línea S_a representa la restricción de la solvencia financiera del delincuente: este no puede pagar una multa mayor que S_a . La multa óptima de y^* en el gráfico 13, se encuentra por debajo de S_a , lo que indica que el delincuente puede pagar la multa.

Suponiendo que el delincuente no puede pagar la multa completa. En la grafica 14, las curvas son las mismas que en la gráfica 13, pero ahora la restricción de la solvencia de este delincuente S_b , se encuentra considerablemente por debajo de la del delincuente representado en la gráfica 13. En consecuencia, no se puede alcanzar la disuación D_0 sin combinar una multa con una prisión; específicamente, mediante una multa de S_b y una sentencia de prisión igual a x^* .

Gráfico 13. El dilema entre las multas y la prisión cuando la severidad óptima es menor que la restricción de la solvencia del delincuente

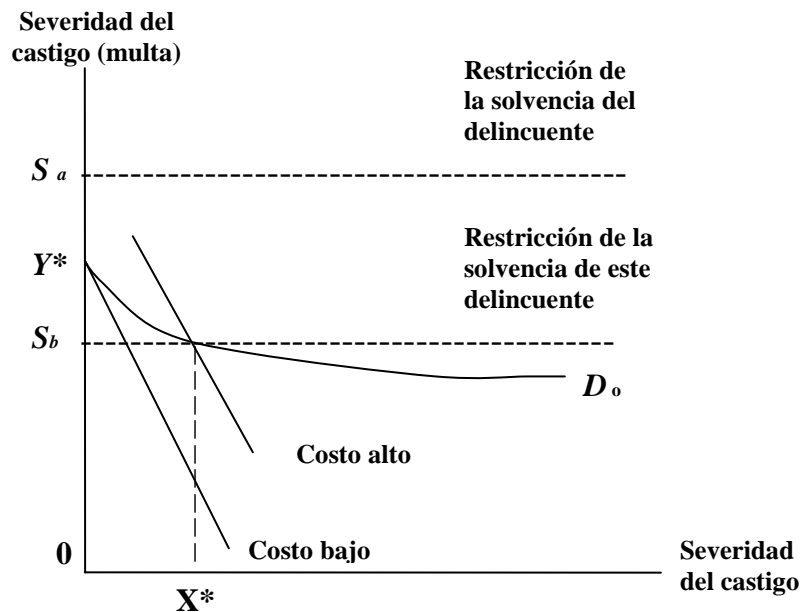


Fuente: Cooter y Ullen, *Derecho y Economía*.
Elaboración: El autor.

De la gráfica 14, se deducen dos hechos importantes acerca del óptimo. Primero, el castigo óptimo incluye la multa máxima que el delincuente puede pagar. En general, la eficiencia requiere que se agote la capacidad de castigar a los delincuentes en forma barata, con multas, antes de recurrir al costo castigo de la prisión. Segundo, el

Estado debe gastar mucho más para disuadir a los individuos que no pueden pagar multas que para disuadir a los individuos que no pueden pagar multas. Este hecho impulsa a los encargados de elaborar las políticas a buscar procedimientos para incrementar la capacidad de los delincuentes para multas.

Gráfico 14. El dilema entre las multas y la prisión cuando la restricción de la solvencia del delincuente limita el uso de las multas como un instrumento de disuasión



Fuente: Cooter y Ullen, *Derecho y Economía*.
Elaboración: El autor.

5. Evaluación del marco teórico.

El marco teórico evaluado anteriormente es útil para establecer que el desarrollo histórico del capitalismo ha permitido dar a luz al hombre económico, el cual al maximizar beneficios y minimizar costos determina un tipo de comportamiento que se lo puede trasladar a todo ámbito de la realidad social, en el cual se incluye el comportamiento delincuencia. Luego, si el delincuente determina su actuar por motivaciones económicas, es posible medir y predecir su comportamiento.

El motivo para analizar económicamente fenómenos sociales como la criminalidad es el diseñar políticas públicas que busquen minimizar el cometimiento de ilícitos, sea con un adecuado gasto público, sea con una correcta interpretación legal, sea con métodos de disuasión para con el delincuente.

Con los argumentos antes expuestos se puede concluir que, si se estudia el Análisis Económico del Derecho aplicado al ámbito penal deben relacionarse tanto función judicial, policía, comportamiento delincuencia y el Estado.

CAPÍTULO IV

MARCO EMPÍRICO

1. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO A LA REALIDAD PENAL DEL ECUADOR

1.1. Políticas públicas sobre criminalidad en el Ecuador: Severidad como sistema de implementación de la seguridad en el Ecuador

Los modelos anteriormente analizados no son alejados de la realidad del sistema de seguridad pública ecuatoriano, la tradicional seguridad ciudadana se sustenta en tres instituciones: cárcel (severidad en la implementación de la pena) y policía, justicia, etc (certeza en la implementación del castigo), donde cada una cumple una función específica. Si una falla, el sistema falla; si la justicia pierde eficiencia, la policía y la cárcel se afectan, siendo causa y efecto de más violencia.

1.1.1. La crisis del sistema carcelario

Según los datos de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social¹¹⁸, en 2002 el número de internos/as era de 8 723 y en 2004, 9 426, lo cual muestra un incremento del 89% anual. En 20 años, la población carcelaria se duplicó y la tasa de homicidios pasó de 6,4 a 14,8 homicidios por cada cien mil habitantes. Es decir, la violencia sigue aumentando rápidamente a pesar del incremento de las detenciones. Por otro lado, las ofertas, especialmente electorales populistas, de aumentar las penas carcelarias, hace demandar nuevas cárceles.

La situación legal de las personas detenidas revela otro ángulo de la ineficiencia en el diseño de políticas carcelarias y de seguridad en el Ecuador. En entrevista hecha al Director de asesoramiento legal de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, los principales problemas que enfrenta el sistema penitenciario con respecto al procesamiento de las personas detenidas es el marco legal que rige el cumplimiento de condenas es muy rígido, ajeno a nuestra idiosincrasia, pues las últimas reformas hechas

¹¹⁸Ecuador, Dirección Nacional de Rehabilitación Social, **Boletín Estadístico**, Gráficas Amaranta, Quito 2004-2005.

al Código de penal y de ejecución de penas el 28 de septiembre de 2001, endurecieron las penas, sin tomar en consideración que existiría sobrepoblación carcelaria que se ha duplicado en un 100% hasta la fecha, propiciando un gran hacinamiento. Entre las reformas consta el sistema de acumulación de penas que hace que existan condenas de hasta 35 años, además la justicia es muy lenta y ha autoprotegido su lentitud generando figuras anticonstitucionales como la detención en firme¹¹⁹. Él manifiesta que los procesos tienen una cantidad de obstáculos, de apelaciones, de recursos de corte legal que tienden a demorar el proceso.

En 2003, más del 64% de presos/as se encontraban en espera de juicio, de los cuales el 10% no tuvo asistencia legal debido a que los funcionarios judiciales son limitados en logística y en número de abogados (32 defensores públicos para todo el país). La alimentación es inadecuada, ya que se asignan 75 centavos de dólar por preso diariamente y por las condiciones de preparación.

La Penitenciaría del Litoral es un caso crítico, pues fue diseñada para 1200 internos y hoy cuenta con 4000 internos, hacinamiento que ha causado la muerte a 25 internos en los dos últimos años.

En el Ecuador hay 35 cárceles en 17 provincias, diez son de varones, cuatro de mujeres, 20 mixtas y una de detención provisional. De acuerdo a la región, están distribuidas así: 14 en la Costa, 19 en la Sierra y dos en el Oriente. El 53% de las personas privadas de libertad se encuentran en la Sierra, 45% en la Costa, y sólo 2% en el Oriente. El 60% de las internas y el 77% de extranjeros/as presos/as están en la Sierra. La cárcel más grande es la de varones de Guayaquil, con 3106 personas, equivalente al 31% de la población total.

La estructura del sistema penitenciario está compuesta por el Consejo Nacional de Rehabilitación Social (CNRS) y la Dirección Nacional de Rehabilitación Social (DNRS). La primera institución está encargada de definir las políticas de Estado en materia de rehabilitación social, la segunda funciona como organismo dependiente del Consejo Nacional y constituye la unidad ejecutiva superior de la política penitenciaria.

Durante los últimos diez años, las políticas de Estado en materia de cárceles en el Ecuador se han orientado principalmente al ámbito jurídico, en particular al tema de los mecanismos legales, se produjo un aumento acelerado de la población penitenciaria.

¹¹⁹Medida en la cual, el juez que conoce la causa, al momento de dictar el auto de llamamiento a juicio, deberá obligatoriamente ordenar la detención en firme del acusado, a fin de contar con la presencia de éste en la etapa del juicio y evitar la suspensión del proceso.

Por otra parte, la sobrepoblación es un fenómeno que aparece con la implementación de las políticas antidrogas, de comienzos de los años 90, cuando el Estado ecuatoriano asumió la estrategia antinarcóticos definida por Estados Unidos a inicios de los años 80. Cabe señalar que la institucionalización de esta política antidroga es un fenómeno generalizado en América Latina y afecta principalmente a los países andinos.

1.1.2. Gestión financiera del sistema de cárceles en el Ecuador.-

En los últimos años, el sistema penitenciario (CNRS y DNR) incrementó su presupuesto 4,03 veces; pasó de USD 6,73 millones en 2001 a USD 27,15 millones en 2004. La mayor asignación se registró en 2004, y en promedio se destinó a las cárceles cerca de USD 20 millones anuales.

Los gastos del sistema penitenciario crecieron a una tasa promedio anual de 57,5%, en el período de análisis, registrándose un mayor aumento entre los años 2000 y 2001, donde el total de gastos pasó de USD 6,73 a USD 19,27 millones. Por otro lado, al considerar la composición del gasto se observa que, en los cinco años, los egresos más significativos fueron los corrientes que representaron el 75,6% mientras que, los gastos de inversión representaron el 18,1% y los de capital el 6,1%.

En la entrevista hecha por la revista Ciudad Segura¹²⁰ a Lennin Monroy, Director Financiero de la DNRS, las transferencias de recursos desde la DNRS hacia las distintas cárceles del país están en función, básicamente, del número de internos/as y de variables como la cantidad de personal penitenciario y los servicios básicos entre otras.

Estos criterios no son inadecuados, pero sí insuficientes, especialmente si se analiza la estructura del presupuesto del sistema penitenciario en el cuadro (1); en ella se observa que el monto grueso de las asignaciones se destina a gastos corrientes.

Según Carla Calero¹²¹, la ineficiente administración de las prisiones en el Ecuador, definen la situación de las personas encarceladas de la siguiente manera: primero, la corrupción del sistema penitenciario¹²²; segundo, la dependencia económica

¹²⁰Fernando Carrión, “La recurrente crisis carcelaria en el Ecuador”, **Revista Ciudad Segura**, número 1, enero del 2006, p.6. FLACSO sede Ecuador, Quito.

¹²¹Carla Calero, **Política Presupuestaria y Gestión de Recursos Económicos del Sistema Penitenciario Ecuatoriano**, FLACSO sede Ecuador, Quito, 2006.

¹²²Calero, Carla, op. cit. p. 125. Al respecto ella dice: “El sistema de corrupción que opera en la institución penitenciaria ecuatoriana se funda en una relación personalista sostenida entre funcionarios/as e internos/as, en un contexto marcado por la sobrepoblación y el hacinamiento. El crecimiento de la población carcelaria durante los últimos quince años ha provocado que mantener el control dentro de las

del preso/a de su familia para poder sobrevivir y, tercero, el encierro y la violación sistemática de los derechos humanos de las personas reclusas.

Desde el punto de vista de la eficiencia según el AED, es menester que las normas, mediante una reforma del código penal, permitan que el gasto en el sistema penitenciario sea enfocado no únicamente en el número de reos como principal factor de

Cuadro 1. Gasto Sistema Penitenciario (2000-2004)					
Tipo de Gasto	2000	2001	2002	2003	2004
Corriente	5.82	10.51	13.48	23.04	21.43
Inversión	0.83	5.32	4.29	2.77	4.62
Capital	0.07	3.43	0.31	1.21	1.10
Total	6.73	19.27	18.09	27.02	27.15

Fuente: Subsecretaría de Presupuestos, Ministerio de Economía y Finanzas, presupuesto codificado.

Elaboración: El autor

asignación, sino en la inversión basado en un plan estratégico que permita cumplir ciertas metas, cuyo objetivo principal sea la eficaz reivindicación del reo, todo aquello coordinado desde las instituciones penitenciarias con la CNRS y DNR.

2. Certeza como sistema de implementación de la seguridad en el Ecuador.

La seguridad ciudadana se ha convertido, desde hace varios años, en una prioridad para los Estados. De hecho, los altos índices de violencia delictiva, la creciente percepción ciudadana de inseguridad y la consecuente conflictividad social han llevado a los gobiernos a emprender una serie de políticas orientadas tanto a prevenir como a reprimir la violencia.

En Ecuador las acciones han sido tomadas desde tres frentes de la institucionalidad pública: el sector jurisdiccional (Cortes de Justicia), el sector de

cárceles sea cada vez más difícil, por lo tanto, la autoridad ha debido negociar con internos/as los mecanismos para resolver conflictos y proteger la seguridad. La relación entre la autoridad no se realiza a través de un sistema de castigos y recompensa determinado normativamente, sino que se funda en un conjunto de prácticas informales, conocidas y reconocidas por ambas partes, que son las que permiten gestionar la institución carcelaria”.

asuntos internos (Ministerio de Gobierno y Policía, Dirección de Seguridad, Dirección Nacional de Rehabilitación Social, Dirección de Tránsito y Dirección de Migración) y el sector defensa nacional (Ministerio de Defensa y Consejo de Seguridad Nacional).

2.1. El presupuesto de la seguridad.

La prioridad que ha dado el Estado ecuatoriano al tema de la seguridad se refleja al estudiar las cifras del presupuesto. Durante el período 1995-2005, a pesar de ciertas caídas derivadas de la crisis económica, se observa una tendencia global al aumento de las asignaciones a seguridad, con un promedio anual de 8% de crecimiento de los recursos destinados a este tema. En cifras, el presupuesto destinado a la seguridad ha subido de alrededor de 800 millones de dólares, en 1995, a cerca de 1300 millones en 2006, lo que denota un incremento de 60% acumulado en 10 años (ver gráfico 12). En la misma línea, el gasto por habitante realizado por el Estado para la provisión de servicios de seguridad ha subido de 79 dólares a cerca de 100 dólares anuales durante el mismo tiempo de referencia.

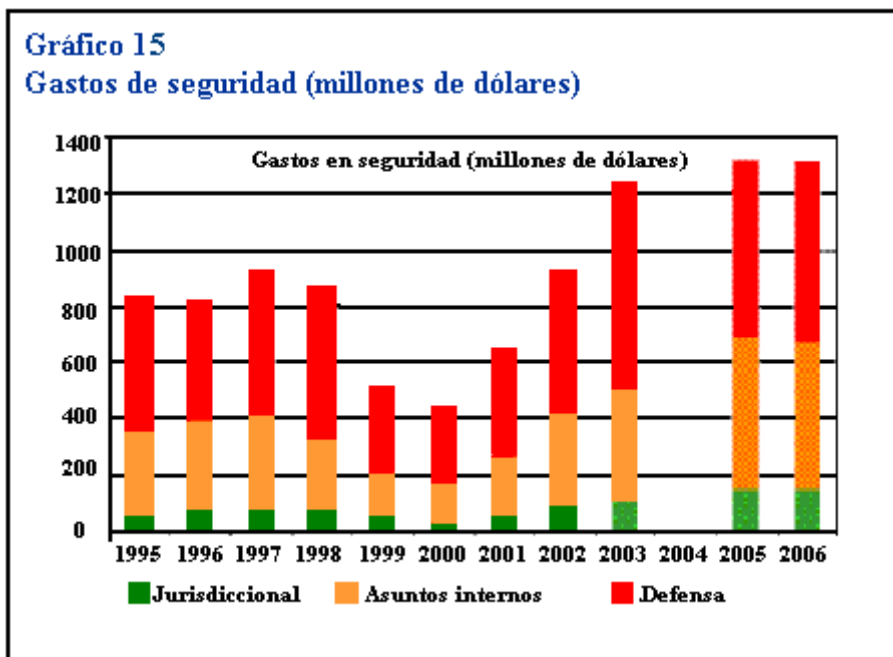
Este es un crecimiento importante en términos nominales. Sin embargo, si analizamos la participación de esos recursos dentro del Presupuesto del Gobierno Central se observa que durante el período de análisis la prioridad fiscal del gasto en seguridad baja de 19% a 15%, y el promedio anual es de 16%. Complementariamente, la prioridad macroeconómica del gasto en seguridad, medida como la relación entre el gasto en seguridad y el PIB, mantiene una trayectoria estable alrededor de 3,5% promedio durante el período de análisis.

Estas cifras son bastante cercanas al total del gasto social (salud, educación, vivienda), que registra una prioridad macroeconómica de 4,5%. No obstante, la tendencia del gasto social en términos de su participación dentro del Presupuesto del Gobierno Central (la prioridad fiscal del gasto) ha sido inversa a la mostrada por el sector seguridad, es decir se ha mostrado creciente. Así, en 1995 se destinaba el 21% del presupuesto del Estado a fines sociales, mientras que para el 2006 la relación se ubicó en 24%. El gasto social por habitante por su parte pasó de 78% a 155 dólares entre los años 1995 y 2006.

Es importante realizar esta comparación pues en la práctica existe un trade off entre los distintos tipos de gasto. El hecho de gastar recursos similares en gasto social y en gasto de seguridad refleja una tendencia subóptima. La evidencia empírica muestra

que si se invierten mayores recursos en el sector social, esto redundaría en beneficios como educación, salud, empleo y generación de oportunidades para la población, que a mediano y largo plazo han mostrado tener una relación positiva con la disminución de la inseguridad. En otras palabras, sería más eficiente invertir mayores recursos en lo social, como medida preventiva, antes que en seguridad en sí misma, como medida de control.

Para el año 2006, los recursos que están presupuestados para los tres sectores vinculados a la seguridad alcanzan los 1283 millones de dólares. Esto corresponde al 3,3% del PIB (1,6% defensa, 1,3% asuntos internos y 0,4% sector judicial) y al 15% del presupuesto del gobierno central. Esto significa que anualmente el Estado destina 96 dólares por habitante para cubrir necesidades de seguridad.



Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas.

Elaboración: Ministerio de Economía y Finanzas

En términos de estructura, como se observa en el gráfico 16, el 49% de estos recursos se dirige hacia el sector defensa, el 40% se destina a asuntos internos y sólo la décima parte se orienta al sistema judicial. Bajo esta estructura, la mayor parte de los recursos son asignados a nivel nacional, pues rige un principio de rectoría central de la seguridad ciudadana. De hecho, del total del presupuesto, apenas 32 millones se distribuyen entre las distintas provincias del país. No obstante, es importante destacar que también los gobiernos seccionales destinan parte de sus recursos a funciones

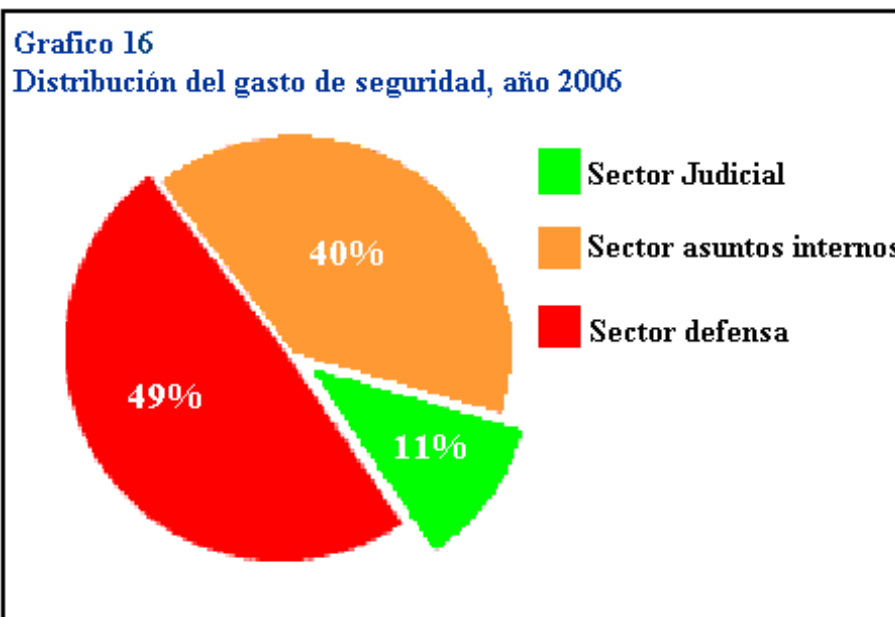
orientadas a garantizar la seguridad pública. Del mismo modo, el gasto privado en seguridad es cada vez más común, ya que constituye una estrategia que está adoptando la población con el fin de protegerse de la delincuencia¹²³. Una estimación total del gasto en seguridad debería considerar estos elementos. Para ello sería necesario unificar las categorías de gasto realizado por las distintas instituciones o sectores.

En Quito, por ejemplo, el Municipio dispone de una tasa de seguridad que está orientada al fortalecimiento policial para prevención de la delincuencia. De hecho, según información provista por Corposeguridad, ente que administra dicha tasa, se han destinado 11,3 millones de dólares a estos fines, durante los años 2004, 2005 y 2006, es decir el 83% del total consolidado del período. Estos recursos se destinan en su mayoría a gastos operativos y de logística, como sistemas de video vigilancia, construcción de cuarteles y “centrales de atención ciudadana”.

Por otro lado, en Guayaquil, la policía privada ha ganado peso relativo debido a que los últimos indicadores señalan que más del 50% de la población han sido sujeta a algún hecho de violencia durante los últimos tres años, más del 60% se siente vulnerable a la inseguridad y un 40% ha registrado victimización familiar.

Dentro del gasto realizado por el Estado, el presupuesto desagregado por instituciones muestra que el sector judicial dirige un 98% de su gasto a la Corte Suprema de Justicia, que es la corte de casación en todo el territorio nacional. En el sector asuntos internos, son cuatro las instituciones con mayor peso en la distribución de recursos: la Policía Nacional, el Consejo Nacional de Seguridad, el Consejo Nacional de Rehabilitación Social y el Ministerio de Gobierno. De éstas la Policía Nacional absorbe el 80% de los

¹²³No existe evidencia empírica del gasto en seguridad pública de gobiernos seccionales, ni gasto privado.



Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas.

Elaboración: Ministerio de Economía y Finanzas

recursos, es decir 411 millones de dólares. Finalmente, el Ministerio de Defensa es el que abarca la mayor parte del presupuesto institucional del Sector Defensa, con 628 millones de dólares (ver cuadro 2).

Esta distribución de los recursos refleja una clara tendencia en el sistema de seguridad en Ecuador: está fuertemente orientada hacia el control, pues es justamente en la Policía y en defensa donde se concentran las acciones más importantes de lucha contra la inseguridad. Lo anterior justifica una alta inversión en recursos humanos de las tres ramas que componen la seguridad.

Cuadro 2. Presupuesto de la seguridad (millones de dólares)			
Sector	Institución	Asign. inicial 2006	%
Sector Judicial	Corte Suprema de Justicia	140,38	97,95
	Corte de Justicia Militar	0,89	0,62
	Corte de Justicia Policial	2,05	1,43
	<i>Total</i>	<i>143,31</i>	<i>100,00</i>
Sector Asuntos Internos	Ministerio de Gobierno	24,27	4,77
	Policía Nacional	410,72	80,80
	Dirección Nacional de Seguridad	0,86	0,17
	Consejo Nacional de Rehabilitación Social	31,35	6,17
	Consejo Nacional de Tránsito	38,12	7,50
	Dirección Nacional de Migración	3,00	0,59
	<i>Total</i>	<i>508,32</i>	<i>100,00</i>
Sector Defensa	Ministerio de Defensa	627,78	99,29
	Consejo de Seguridad Nacional	4,48	0,71
	<i>Total</i>	<i>632,26</i>	<i>100,00</i>

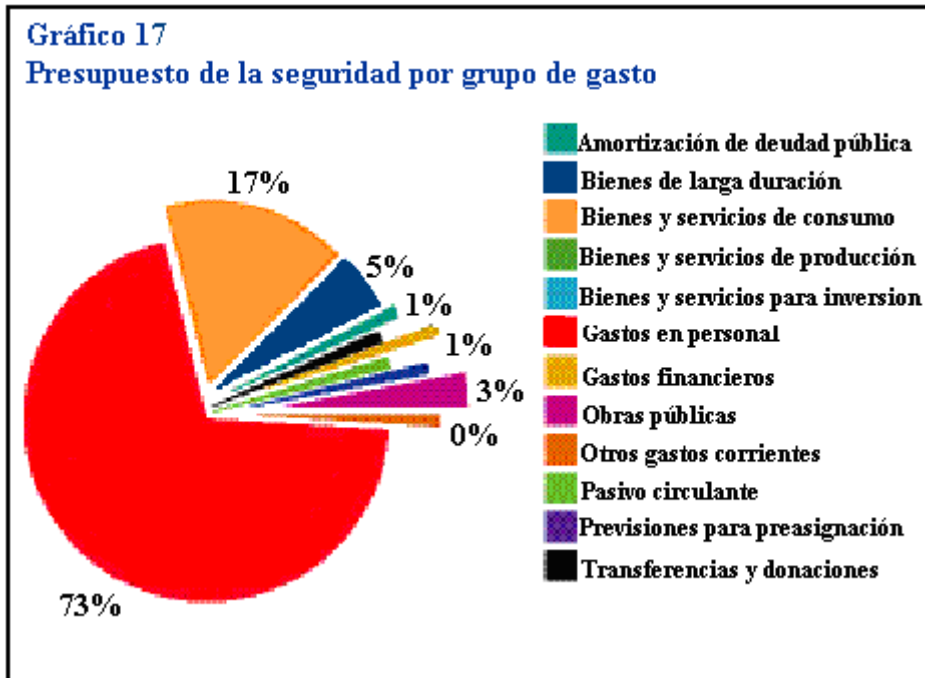
Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas.

Elaboración: Ministerio de Economía y Finanzas.

De hecho, al analizar los usos del gasto se observa que a nivel global el 73% de las asignaciones se dirigen al pago de personal y en total el 91% del gasto es corriente. Apenas el 6% es gasto de inversión, que principalmente se dirige a obras de infraestructura. El sector que mayor concentración tiene en gasto de personal es el jurisdiccional con un 75% y finalmente está asuntos internos, donde se ubica el presupuesto de la Policía Nacional, con un 63% (ver gráfico 17). Según información del “Justice Studies Center of America”¹²⁴, para el 2004 existía un total de 31 550 efectivos policiales, o el equivalente a 233 policías por cada 100.000 habitantes. Para el año 2006, la Comandancia de la Policía Nacional reporta un total de 32 654 policías, mientras que las estadísticas de personal del gobierno registran 36 907 miembros, lo que supone una tasa de 275 policías por cada 100.000 habitantes. Lo importante de subrayar aquí es la trayectoria creciente del personal policial. En el ámbito judicial, en el 2003 había 831 jueces, es decir 6,1 jueces por cada 100.000 habitantes, y en el 2004 se registraron 2,4 fiscales por 100.000 habitantes.

¹²⁴Fernando Carrión,, “Debatir el presupuesto nacional desde la seguridad ciudadana”, **Revista Ciudad Segura** número5, mayo del 2006, p.8. FLACSO sede Ecuador, Quito.

Es importante también destacar la participación del rubro bienes y servicios de consumo, que a nivel agregado representa el 17% pero tiene un mayor peso relativo para el sector asuntos internos, en el que constituye el 22%, pues es ahí donde se carga mayor parte los gastos correspondientes a la adquisición de equipamiento policial. En el sector defensa el aporte de bienes y servicios de consumo es 16%.

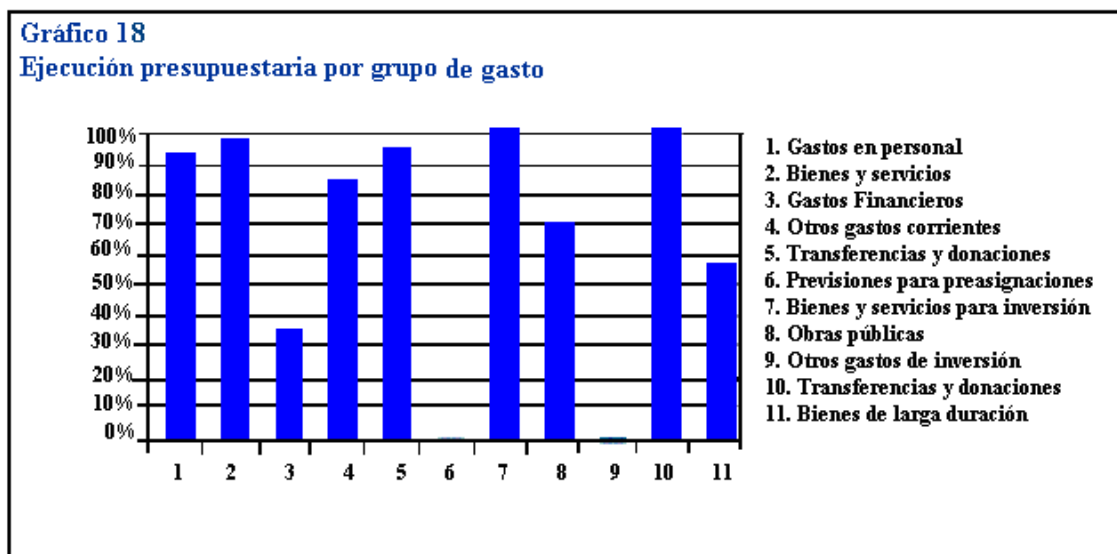


Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas.
Elaboración: Ministerio de Economía y Finanzas

En lo que se refiere a fuentes de financiamiento, la mayor parte del presupuesto de la seguridad proviene directamente de las arcas fiscales. Los recursos de autogestión tienen una participación relativa menor, sobre todo en la Policía Nacional y en el Ministerio de Defensa. Para el sector policial, la autogestión representa el 9% y para la defensa este monto alcanza el 18%. Es aún menor la participación de las preasignaciones: en el Consejo Nacional de Rehabilitación Social se registran 17,89 millones y en la Policía se encuentran asignados 9,54 millones. Es mínimo también el aporte de recursos externos. En la policía se registran 3,13 millones de crédito externo y en defensa otros 10,5 millones, y para el 2007 solo el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) tiene presupuestado 80 mil dólares de asistencia técnica no reembolsable.

No obstante, al desagregar la información por grupo de gasto se observan importantes diferencias entre los rubros de gasto corriente y los de inversión. En efecto, la ejecución de gastos corriente es siempre superior al 93% y llega hasta el 100%

mientras que para la inversión presenta una baja ejecución 68% de obras públicas y 55% de bienes de larga duración (gráfico 18).



Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas.

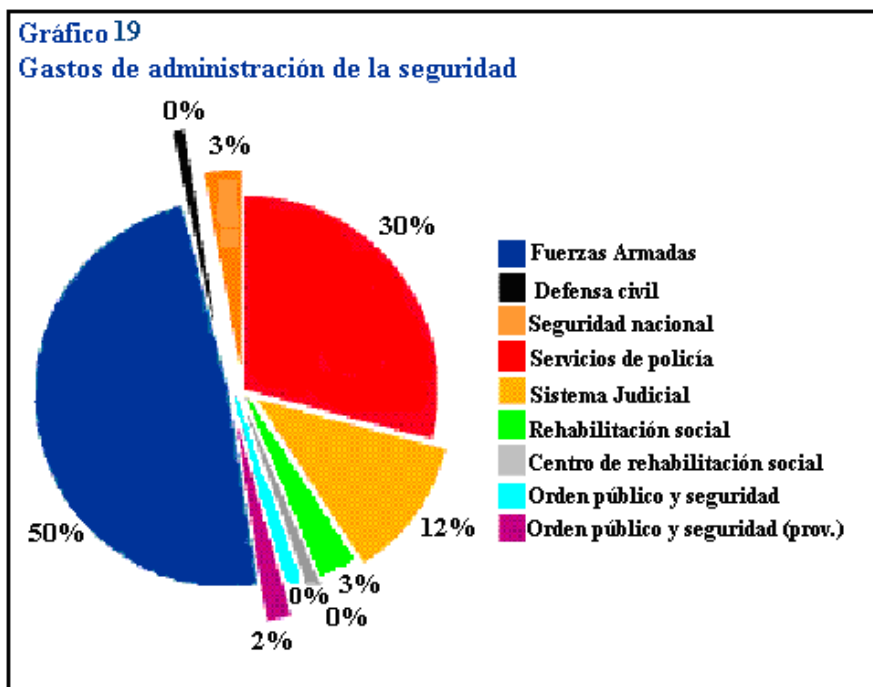
Elaboración: Ministerio de Economía y Finanzas

2.2. Calidad del Gasto en seguridad por parte del Estado.

De los indicadores presentados, se puede concluir que en el país la seguridad ciudadana tiene una alta prioridad por la cantidad de recursos que el Estado emplea en los distintos sectores. No obstante, se ha visto que los fondos se orientan fundamentalmente a cubrir gastos corrientes y, en particular, a gastos en personal. Esto permite caracterizar al aparato de seguridad del Ecuador como un sistema enfocado principalmente en el control. Esto tiene una clara implicación, no se dispone de suficiencia de recursos para dotar los y las funcionarios/as de insumos de trabajo que garanticen un servicio de mayor calidad y que abastezcan las necesidades de la población frente al crecimiento de la violencia y la inseguridad.

De los gastos administrativos de la seguridad, son las fuerzas armadas, la Policía y el sistema judicial los que demandan más del 92% de los recursos (las Fuerzas Armadas utilizan el 50% de las asignaciones, la policía el 30% y el sistema judicial el 12% respectivamente), estadística que es absolutamente coherente con la distribución presupuestaria global donde se observaba que el mayor peso presupuestario lo tienen los sectores de defensa y asuntos internos. Una prioridad claramente inferior tiene la rehabilitación social (5%) (Ver gráfico 19)

Con esta distribución de recursos no sorprende un indicador revelado por “Justice Studies Center of America”: durante el año 2003 se registraron 72,7 personas detenidas por cada 100.000 habitantes y la sobrepoblación del sistema alcanzaba el 69,2%. Además, del total de detenidos, el 65,2% no tenía condena. Así mismo, se revela que durante el año 2003 cada juez del sistema tenía una total de 4.033 causas y la resolución promedio anual de dichos procesos fue de apenas 16%.



Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas.

Elaboración: El autor.

Empero en América Latina se han estudiado varias opciones para generar mayor seguridad ciudadana y lograr una mayor calidad en el uso de recursos. Estas opciones se orientan a una integridad de políticas, focalizadas en la prevención delictiva, medidas de control policial y medidas preventivas de seguridad policial¹²⁵.

En cuanto a las medidas preventivas, las propuestas incluyen programas educacionales, organización comunitaria, control de la venta de alcohol, tráfico de drogas y porte de armas, el combate de la pobreza y la desigualdad, entre otros. Las medidas de control por su parte están vinculadas a reformas de control por su parte están vinculadas a reformas de los sistemas judicial, policial y penitenciario.

¹²⁵Irma Arriagada y Lorena Godoy, **Seguridad ciudadana y violencia en América Latina, diagnóstico y políticas en los años noventa**, CEPAL 1999, división de Desarrollo Social, Serie Sociales No. 32.

Es entonces de fundamental importancia trabajar integralmente el tema de la seguridad con el fin de minimizar, no sólo los costos económicos, sino también los costos para el desarrollo social y humano. Es decir, medir el *trade off* factores sociales-seguridad, y buscar un equilibrio que minimice los costos asociados y maximice los beneficios esperados sobre la población. Siguiendo esta línea la equidad en el acceso a la seguridad debe ser una meta a través de la cual se busque atender a los sectores más vulnerables de la población.

3. Análisis de la eficiencia de la reforma procesal penal.

Cuando se analiza la eficiencia de la reforma procesal penal, se debe establecer el funcionamiento específico del Ministerio Público, Sistema Judicial y Policía, y con ello conocer la aplicación del derecho a la realidad, aplicación que se da por medio de un sistema institucional que tiene como actores principales a jueces, fiscales y policías. Esto no significa negar la importancia que tienen las reglas contenidas en el Código Penal y las consideraciones de los jueces al aplicar una norma a determinado caso, pero estas tienen una importancia mucho menor que las acciones cotidianas de policías y jueces de primera instancia, que son las que definen lo que es delito en la práctica y cómo se trata a quienes se imputa un delito o quienes han sido definidos como delincuentes; es decir con esto se está vinculando al Derecho Penal con el Procesal Penal¹²⁶.

Con la reforma del año 2000, se anunció la puesta en vigencia del sistema acusatorio en el país, es decir, los jueces dejaron de ser quienes investigaban los delitos, asumiendo esta responsabilidad el Ministerio Público (en coordinación con la Policía) en nombre de la sociedad y, a su vez, los jueces penales asumieron el papel de garantes del respeto de los derechos en todo el proceso penal, así como de ser los responsables de examinar los méritos para que una persona sea llevada a juicio. Los tribunales penales, por su parte, deciden respecto de la culpabilidad o inocencia de las personas enjuiciadas, de acuerdo a los méritos aportados por las partes –el Ministerio Público y la defensa-

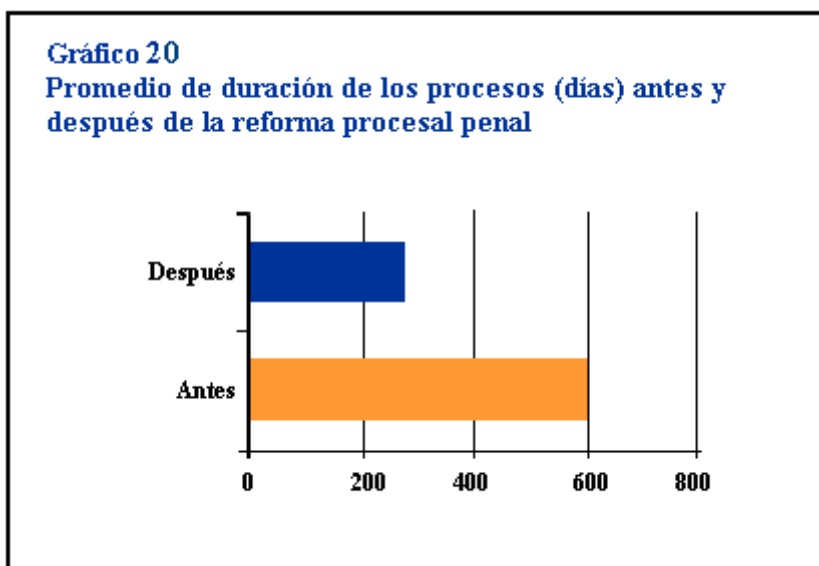
¹²⁶Farith Simon, “Administración de Justicia y Seguridad ciudadana”, **Revista Ciudad Segura** número 6, junio del 2006, p.4. FLACSO sede Ecuador, Quito: “Es imprescindible que exista relación estrecha entre derecho penal y procedimiento penal para que no ocurra que de los 335 delitos tipificados en el código penal solo se persigan el 10% que son básicamente aquellos que la cooperación internacional define como prioritarios. Esto significa que no hay una correlación entre los delitos que se cometen en el territorio nacional y las penas o, en otras palabras, no se atacan los delitos más comunes en el país. La debilidad de la justicia es evidente: escasa legitimidad institucional, incremento del acceso diferenciado a la justicia y justicia por mano propia (privatización), entre otros Se trata, entonces, que la justicia se convierta en un derecho universal de la población”.

garantizando, al menos funcionalmente, la independencia e imparcialidad de la justicia, y distribuyendo el poder de persecución del delito entre varias agencias para evitar los abusos y arbitrariedades; la reforma buscó siempre contribuir al incremento de la efectividad y celeridad del sistema; por tanto, sería un aporte para mejorar de la persecución penal.

Sin embargo, las evaluaciones realizadas a la aplicación del nuevo sistema procesal penal han dado cuenta de los graves problemas que ésta presenta. Algunos de los problemas detectados son: el resultado de una serie de limitaciones normativas (por vacíos y contradicciones en el Código de Procedimiento Penal, por inadecuadas reglas de manejo de audiencias, por las normas sobre valoración de las prueba incompatibles con el sistema acusatorio, por las limitadas disposiciones de salidas anticipadas a los procesos, etc.); por problemas de implementación (equivocada distribución de recursos, inexistencia de una verdadera defensa pública, reducidos procesos de capacitación en la oralidad, limitados recursos de manejo de audiencias, casi inexistentes sistemas de protección de víctimas y testigos, etc.); por problemas de coordinación y acción institucional (especialmente entre el Ministerio Público y Policía, inadecuada asignación de recursos, métodos de trabajo incompatibles con las nuevas normas procesales, etc.); por la resistencia cultural a los cambios (una mentalidad inquisitiva y de la formalidad que pone por delante el cumplimiento de “ritos” por sobre el descubrimiento de la “verdad”, etc.).

A su vez, esas evaluaciones dan cuenta que pese a los problemas, el sistema actual tiene ventajas frente al reemplazado por las reformas, al menos en dos rubros: celeridad y publicidad. La comparación en el tiempo de duración de los casos penales antes y después de la reforma da cuenta de la notable reducción del tiempo entre el momento en que se comete la infracción y el juicio. En promedio antes de la reforma era entre 600 y 700 días, después de la reforma 268 días (Gráfico No.21).

El número de denuncias recibidas por el Ministerio Público a partir del año 2002 ha crecido en un promedio de 13% anual, frente al presupuesto que ha tenido un incremento promedio del 14,31% desde el año 2003, ascendiendo en el 2005 a US\$34'529.128,59.



Fuente: Fundación ESQUEL.
 Elaboración: El autor.

La manera en que el Ministerio Público procesa las denuncias es uno de los temas de mayor preocupación, ya que en la práctica existe una muy baja respuesta a las denuncias que recibe¹²⁷. De las denuncias recibidas en 2005, un total de 120.291 se encontraban en la fase de indagación, es decir 67,35 %. Este es un porcentaje similar a los años anteriores: 69,41% en 2004; 71,51% en 2003, y el 65,68% en 2002.

De la información disponible se puede verificar que el sistema procesal penal ha mejorado su capacidad de “respuesta” de año en año. Cuando hablamos de respuesta, nos referimos a las denuncias que se consideran cerradas, sea porque llegaron a una sentencia, fueron desestimados, se arreglaron por una salida alterna (procedimiento abreviado, conversión) o, porque el caso fue sobreseído. Así en el año 2002, el porcentaje de respuestas alcanzó un 4,18%; en 2003 ascendió a 9,98%; en 2004 al 12,60%, y en 2005 a un 15,06%. En esta mejora del rendimiento del Ministerio Público juega un papel muy importante el incremento significativo de las denuncias desestimadas ya que en el año 2001 representaban 1,59% del total de las denuncias recibidas; en el 2002, 1,90%; en el 2003: 6,52%; en 2004: 9,31%, y en el 2005 ascendieron a 12,78%.

¹²⁷Ibid, p.8. La productividad se mide por la respuesta que se brinda a las denuncias que se reciben, una respuesta significa el procesamiento de un caso, la cual puede ser, en sentido amplio, el desestimar la denuncia, una salida anticipada, el cierre del caso por sobreseimiento o la sentencia, sea absolutoria o condenatoria.

Sí consideramos exclusivamente las denuncias que no fueron rechazadas por el sistema, el resultado es alarmante: las respuestas que el sistema da efectivamente a las denuncias que recibe alcanzaron únicamente 2,61 % en el año 2005. De este porcentaje, un 0,37% termina por conversión; un 0,03% debido al procedimiento abreviado; un 1,36% por sobreseimiento, y únicamente un 0,85% por sentencia. De este último rubro, 0,69% por sentencia condenatoria y un 0,16% por sentencia absolutoria.

Los sistemas procesales penales más consolidados sólo llevan a juicio una pequeña porción de los casos que reciben, pero tienen una diversidad de respuestas; por tanto, éstas son mucho mayores, pero en nuestro país el porcentaje de casos resueltos por medio de verdaderas salidas alternativas apenas alcanzó un 0,39% en 2005, es decir, si le sumamos a este porcentaje las desestimaciones¹²⁸ el porcentaje llega al 12 %.

Cuadro 3. Sentencia por clase de delitos 2006			
Delitos	Número de denuncias	% respecto del total de denuncias	% respecto del total de sentencias
Contra la propiedad	109140	61,10	0,33
Sust. estupefacientes	1179	0,66	26,62
Garant. constitucionales	2933	1,64	0,75
Contra las personas	21963	12,30	0,89
Delitos sexuales	8680	4,86	1,51

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas.

Elaboración: Ministerio de Economía y Finanzas

Del total de las sentencias dictadas en el año 2005 (1326 que representa el 0,85% del total de denuncias recibidas), el 26,62% corresponde a infracciones vinculadas al control de sustancias estupefacientes, a pesar de que éstas apenas representan un 0,66% del universo de denuncias. En contraste, los delitos contra la propiedad que son estadísticamente los más denunciados (61,10%) solamente representan un 0,33% del total de las sentencias. En el cuadro No. 3, se compara este porcentaje con cinco clases de delitos en el año 2005:

Por otro lado, la Función Judicial en el Ecuador tiene una asignación presupuestaria per cápita de 10,5 dólares por habitante¹²⁹. Puerto Rico es el país con el

¹²⁸La desestimación se resuelve cuando sea manifiesto que un acto no constituye delito o cuando exista algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso (art. 38 Código de Procedimiento Penal). Adicionalmente se desestiman en el Ministerio Público aquellas denuncias que consideran “delitos no investigables”.

¹²⁹Simon, art. cit. p.10.

mejor índice: 68,3; seguido por Costa Rica con 44,1. Las peores asignaciones son las de República Dominicana 3,9 y Guatemala 4,2.

Es notable el incremento del presupuesto de la Función Judicial en el país. Entre los años 2002 y 2005 se dio un aumento del 42,27%, pasando del 0,74% del presupuesto nacional a un 1,92%. En el año 2002, el presupuesto era de \$81'551.664,56 dólares mientras que en el año 2005, de \$141'279.510,86 dólares. Un incremento en términos absolutos de \$59'727.846,30 dólares, sin embargo la justicia ecuatoriana es una de las de menor productividad en América Latina, conjuntamente con Nicaragua, ya que solamente es capaz de resolver menos de 20% de los casos ingresados en todas las materias. De los datos disponibles podemos observar (Cuadro No.4) que en todos los rubros existe una disminución del rendimiento de la justicia en materia penal.

Cuadro 4. Comparativo de porcentaje de sentencias en los tribunales penales							
	2002	2003	Diferencia porcentual	2004	Diferencia porcentual	2005	Diferencia porcentual
Sentencias absolut.	857	1524	43,77%	1643	7,24%	1073	-47,03
Sentencias condenatorias	181	351	48,43%	447	21,48%	253	-18,13
Total	1038	1875	44,64%	2090	10,29%	1326	-36,56

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas.

Elaboración: Ministerio de Economía y Finanzas

En el caso de los tribunales penales, el número de sentencias emitidas en el año 2005 disminuyó 36,55% en relación con el año 2004. Si se toman en cuenta los sobreseimientos y los llamados a juicio de parte de los juzgados penales a escala nacional en el año 2005, tenemos un promedio de 29 casos por juez, es decir 2,43 casos por mes, no obstante hay que considerar que los jueces penales tienen otras tareas a su cargo, por ejemplo resolver los pedidos de medidas cautelares, autorizar la práctica de ciertas pruebas, etc.

4. Privatización de la seguridad pública.

De lo anotado anteriormente, se puede observar que en el Ecuador en los últimos años se ha enfrentado a una crisis general del sistema de seguridad ciudadana. En efecto, si

evaluamos los resultados de algunas encuestas como la Latinobarómetro¹³⁰ (2002), vemos que tanto el Poder Judicial como la Policía Nacional del Ecuador, son dos de las tres instituciones responsables de la seguridad pública que tienen la más baja credibilidad por parte de la ciudadanía. Esto puede ser corroborado por la encuesta de la ENACPOL 2005, la cuál nos dice que el 72,5 % de la ciudadanía confía poco o nada en la Policía Nacional.

Mucho se ha hablado respecto a las causas de esta crisis; sin embargo, existe concordancia en diagnosticar que este problema nos está llevando paulatinamente a una transformación de la forma de ver el manejo de la seguridad, lo cual consecuentemente pone en entre dicho este concepto como bien público, no obstante existe consenso de que de que en las sociedades democráticas actuales, es poco común que la seguridad ciudadana sea únicamente materia de la policía.

En América Latina, la expansión de la seguridad privada es un asunto que ha recibido poca atención tanto en lo académico como en lo público, mientras en el Ecuador, el interés ha sido prácticamente nulo. Pese a ello, es una realidad que el despunte de esta actividad está cambiando prácticas y representaciones sociales, las cuales se han traducido en nuevas formas de resolver problemas cotidianos, nuevas formas de consumo y acumulación, nuevas formas de reordenamiento y apropiación del espacio público y privado, y sobre todo en un cambio en la relación con el manejo de la seguridad ciudadana en la actualidad.

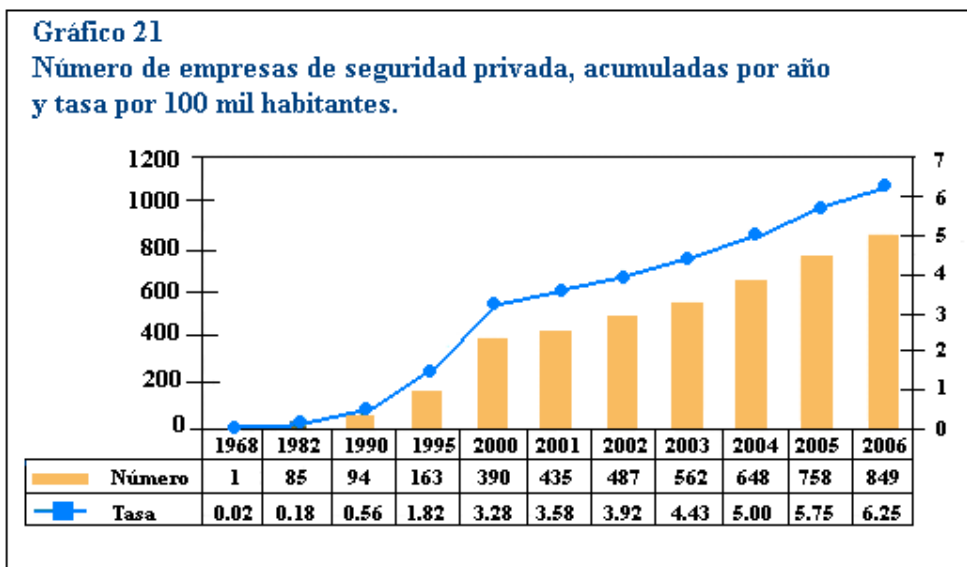
Si bien la seguridad privada es vista como un tipo de negocio a nivel general, ésta involucra una infinidad de segmentos, tales como vigilancia o guardianías físicas, dispositivos de seguridad (alarmas, rejas, cámaras de televisión, blindajes, seguridad electrónica), transporte de fondos, investigaciones, entre muchas más. A continuación nos centraremos principalmente en el análisis del tema de las guardianías privadas, por cuanto es el aspecto más relevante en el aumento de la seguridad como servicio particular. Para ello analizaremos tres ejes en los cuales se sustentará este trabajo: el crecimiento de esta actividad y los posibles factores que la propician, el comportamiento del mercado, y, por último, en la coyuntura donde se discute el impacto de las guardianías privadas en el manejo de la seguridad ciudadana ecuatoriana de los últimos cinco años. La expansión y sus posibles factores.

¹³⁰ Dammert, “La privatización de la seguridad en el Ecuador: impactos y posibles escenarios”, **Revista Ciudad Segura** número 7, julio del 2006, p.4. FLACSO sede Ecuador, Quito.

La expansión del sector de las guardianías privadas en el Ecuador es un fenómeno social que debe ser tomado muy en cuenta. El número de vigilantes registrados oficialmente en el año 2005 fue de 40.368, el cuál ya supera considerablemente a los 36.907 policías nacionales existentes en este mismo año (no se toma en cuenta con esto el sector informal del cuál no se tiene datos cuantificables, aunque según algunas estimaciones el número llega a 80.000 efectivos).

Por otro lado, la tasa de crecimiento de empresas de seguridad privada ha tenido una variación considerable desde el año 1995. El número acumulado de entidades registradas en la Superintendencia de Compañías en el año 1990 fue de 54, cifra que corresponde a una tasa de 0,56 empresas por cada cien mil habitantes.

Para el año 1995 el número creció a 163 compañías y la tasa prácticamente se triplicó llegando a 1,52. Entre los años 1995 y 2000 la medida se duplicó a 3.28, y a partir de ese período, el número de empresas creció en un 117% por los siguientes seis años, hasta llegar a 849 empresas registradas en lo que va del 2006. La tasa a su vez ha crecido de 3,28 compañías en el 2000 a 6,29 en el 2006. (Ver gráfico 21)



Fuente: Superintendencia de Compañías
Elaboración: El autor.

Del número total de compañías de seguridad privada registradas hasta el año 2006, el 51, 70% están en Pichincha y el 28, 26% en Guayas. Esto quiere decir que casi el 80 % del total de empresas están en las provincias más pobladas del país, donde se destacan las ciudades de Quito y Guayaquil respectivamente, lo cual muestra que la expansión de la seguridad privada es un fenómeno predominantemente urbano. Pichincha es la

provincia donde ha existido mayor proliferación de compañías en el tiempo, ubicándose nueve puntos por encima de la tasa nacional en el año 2006.⁴ Guayas, a su vez, supera ligeramente el promedio del país, mientras que el resto del Ecuador se encuentra muy por debajo del mismo; aunque la tasa presenta una tendencia al alza en los últimos 15 años.

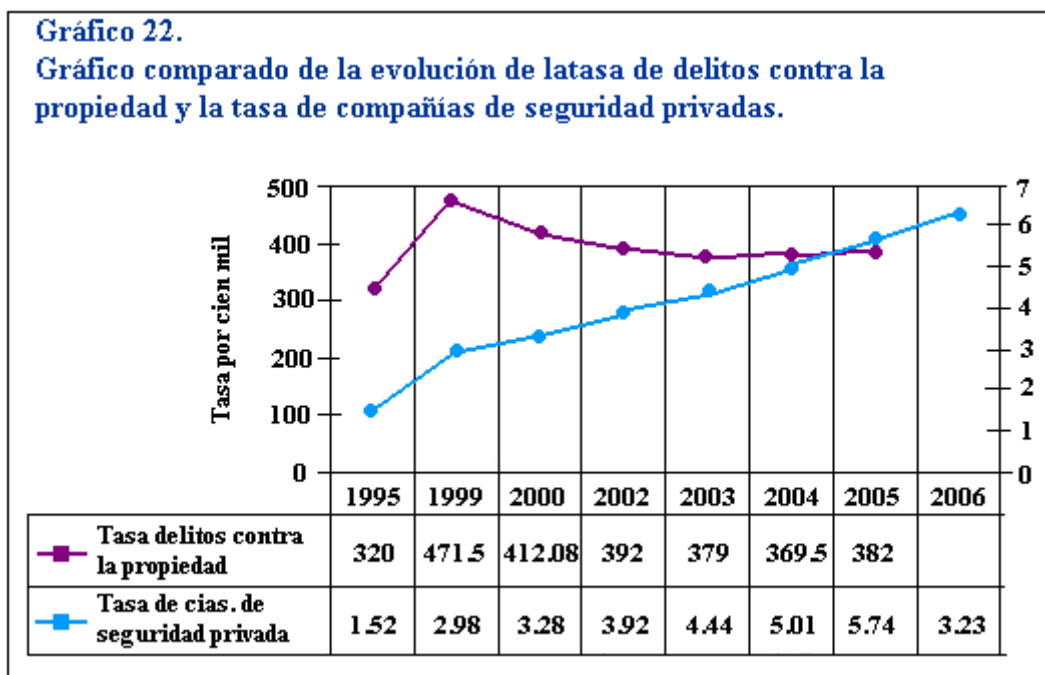
Los factores que contribuyen a explicar este crecimiento pueden ser múltiples, el mismo desprestigio de las instituciones de control puede ser una razón para ello; sin embargo, en los últimos diez años, dos han sido los aspectos que más han contribuido a la crisis del manejo de la seguridad pública: el incremento de la delincuencia y el crecimiento de la inseguridad ciudadana.

El primer escenario es el más dominante en la creencia de la opinión pública, éste nos remite a una realidad más objetiva, la cual explica que el aumento de la seguridad privada en el Ecuador, puede deberse a una falla en la provisión pública de este bien por parte de las instituciones de control. Situación que nos está llevando a una privatización cada vez más elevada del servicio; es decir, que la seguridad privada empieza paulatinamente a remplazar a la seguridad pública. Este escenario parece ser correcto si tomamos en cuenta que la tasa de denuncias de delitos contra la propiedad⁵, en general, desde el año 1995 hasta 1999 creció en un 47,7 %.

De esta tasa, los delitos por asaltos comerciales se elevaron de 0,9 a 17,5 por cada cien mil habitantes, mientras que los robos a domicilio se duplicaron en términos brutos en este lapso; una tendencia que fue más elevada tanto en Pichincha como en Guayas. Esto quiere decir que a medida que crecen los delitos en el país, aumenta la tendencia de conformación de compañías de seguridad privada; en otras palabras, el crecimiento del delito incide sobre el crecimiento de compañías de seguridad.

El otro escenario se explicaría, como una brecha entre las expectativas del nivel de seguridad demandado por ciudadanos/as, y el nivel de seguridad que perciben que es capaz de proveer la fuerza policial. Esto implicaría una explicación culturalista más afín a las sociedades del riesgo, descrita por algunos sociólogos, y a las sociedades del miedo y el control. En el Ecuador, esto parece ser evidente en la publicación de algunas encuestas de victimización, donde se puede notar claramente que la probabilidad de que un individuo o familia se sientan inseguros, duplica o triplica a la probabilidad de ser victimizado en un año. Es decir, no existe una relación proporcional entre delitos e inseguridad. Esta explicación causaría una distorsión en la demanda de seguridad

ciudadana, ya que no estaría remitida a cuestiones netamente objetivas, sino más bien a fuertes sentimientos de inseguridad, construidas socialmente, sobre la cuál la gente percibe y decide sus estrategias de seguridad.



Fuente: Superintendencia de Compañías y Dirección Nacional de Policía.

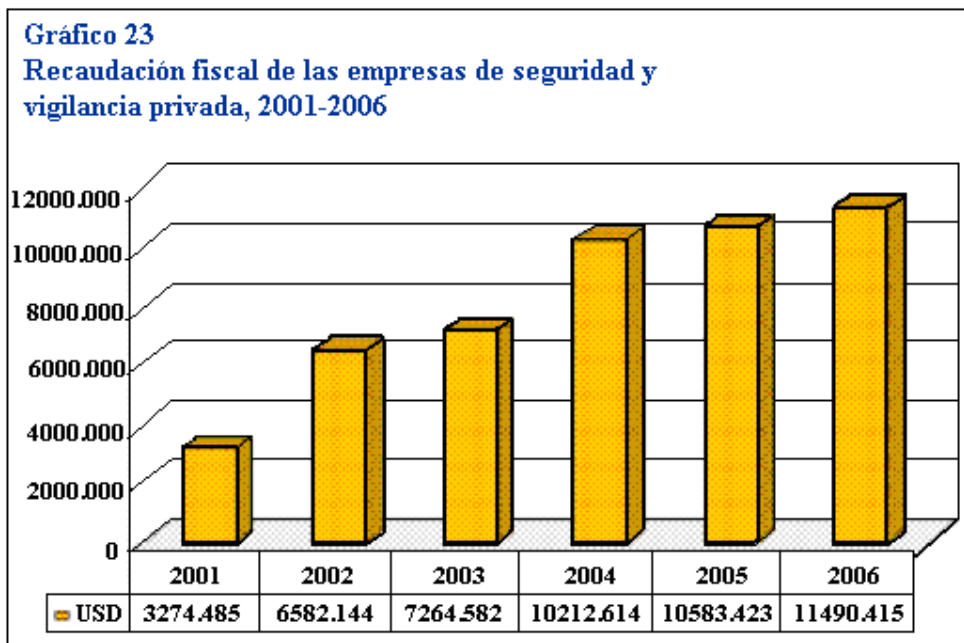
Elaboración: El autor.

El gráfico 22, muestra cómo a medida que crecen los delitos contra la propiedad, entre 1995 y 1999, la tendencia a formar compañías de seguridad también asciende. En el año 2000 la tasa de delitos contra la propiedad tuvo un descenso, y a partir del año 2002 ésta ha mantenido una tendencia estable; sin embargo, la tasa de compañías de seguridad privada por cada cien mil habitantes aumentó considerablemente. Esto confirmaría la hipótesis segunda, pues la evolución de ambas tasas no guarda relación alguna en los últimos cinco años. Por lo tanto, la explicación del crecimiento de esa actividad se relaciona más con factores culturales que estructurales. Si bien es arbitrario emitir juicios de causalidad de una actividad como las guardianías privadas, se podría afirmar que ésta se debió en un primer momento a factores objetivos o cuantificables, como el aumento de actos delictivos; y más tarde, se enraizó en la representación simbólica de la sociedad ecuatoriana, como una solución o alternativa al manejo de la seguridad individual y pública, debido a los altos niveles de inseguridad percibidos.

4.1. El mercado de la seguridad privada

A nivel mundial y de América Latina el mercado de la seguridad privada es un sector de gran expansión. Según Dammert¹³¹ esta actividad registró movimientos en el año 2002 por 85,000 millones de dólares, con una tasa de crecimiento de 7 a 8 % anual. En lo que respecta a América Latina, según este mismo autor, el mercado ascendió a 4000 millones dólares; esta cifra corresponde al 4,70% del mercado total, con una tasa de crecimiento anual entre el 9% y el 11%, la cual llega a ser la más alta a nivel mundial. Dentro de este rubro, las guardianías privadas son la fuente más importante de este mercado con alrededor del 50% de participación (no se cuantifica el sector informal que se encuentra fuera de los registros).

En el Ecuador, el rápido crecimiento de las compañías de seguridad y guardianía privada de los últimos diez años, nos muestra a su vez el gran desarrollo de este sector como actividad comercial. No se dispone información sobre el tamaño económico real del mercado de la seguridad privada en el Ecuador; sin embargo, según datos del Servicios de Rentas Internas (SRI), esta actividad registró recaudaciones de impuestos directos e indirectos por 3.274.485 dólares en el año 2000, mientras que en el 2006, el monto subió a 11.440.415.5 Esto implica un incremento del 249,38% en cinco años y una tasa de crecimiento anual del 28,4 % (Ver gráfico 23).



Fuente: SRI.
Elaboración: El autor.

¹³¹ Dammert, ob. cit.

En una encuesta publicada por Cedatos en el año 2005, de 130 empresas indagadas en Quito y Guayaquil, se encontró que el 60% de ellas invierte de 1.000 a 25.000 dólares anuales en seguridad; el 10% gasta entre 26.000 y 50.000 dólares; y, el 20% restante destina más de un millón de dólares a este tema.

Cuando la encuesta preguntó ¿Qué porcentaje representa el gasto en seguridad dentro de su presupuesto total del año? El 80% respondió que menos del 10% y el restante 20% de las empresas, respondió que del 10% al 30%. Esto nos da una idea de la importancia de esta actividad comercial dentro de la cadena productiva de las empresas, la cual ha dejado de ser vista como un servicio o gasto adicional, para ser considerada una inversión que se encuentra dentro de la cadena productiva o valor agregado del producto o servicio final.

En un principio muchas de estas compañías se iniciaron de modo semejante; es decir, empezaron como negocios familiares a partir de que uno o más funcionarios provenientes de las fuerzas públicas de seguridad (Fuerzas Armadas y Policía Nacional) se acogieron a su retiro (en ocasiones antes de esto), e iniciaron su empresa. Si bien no existe datos que ratifiquen esta afirmación en el caso ecuatoriano, en el Reglamento de Organizaciones de Seguridad Privada emitido en el año de 1998, está prescrito que en el acta constitutiva de las compañías, debe constar al menos un ex miembro de las fuerzas del orden público entre los socios/as fundadores. Por otro lado, este mismo reglamento establecía que el 25% del personal contratado por estas compañías, debían ser ex integrantes de la fuerza pública. Es difícil también corroborar cuantitativamente esta afirmación, sin embargo, dentro de los requisitos indispensables para la contratación del personal, está el haber cumplido con el servicio militar obligatorio. Este requerimiento, sin duda alguna, más allá de garantizar la presencia de personal más preparado en las compañías (en manejo y uso de armas, conocimiento de estrategias de disuasión, etc.), es un factor que reduce los costos de capacitación que inciden en el precio final del producto. Por lo tanto, los ex miembros de la fuerza pública son un personal apetecido por el grueso de las compañías de seguridad para brindar sus servicios. La oferta que cubre la prestación de resguardos particulares no está restringida a una sola actividad específica. El sector cubre del sector una gran variedad y complejidad en los servicios ofrecidos donde se destacan entre otros la vigilancia a personas naturales y jurídicas, vigilancia, custodia y transporte de bienes, monitoreos y muchas actividades más. Si nos remitimos a analizar cualitativamente la

oferta de seguridad privada, las diferencias de las compañías existentes pueden ser abismales. Frigo¹³² (2003) sostiene que el crecimiento del mercado ha exigido una mejor profesionalización y tecnificación del mismo, principalmente en los servicios proporcionados a clientes corporativos (bancos, fábricas, negocios o empresas comerciales, entre otros); esto a su vez ha incidido en la concentración y monopolización del servicio que se encuentra en capacidad de cubrir esta demanda.

En el Ecuador, esta afirmación parece ser problemática, debido principalmente al gran crecimiento de compañías de seguridad en la última década (Ver gráfico 21). Sin embargo, cuando nos remitimos a los datos del SRI se puede constatar que las 20 principales empresas de aportación al fisco, las cuales corresponden apenas al 2,24% del total de ellas, declaran más del 60% del total recaudado. En este sentido, se puede decir que la concentración no se encuentra por el lado del número de compañías, sino más bien por los ingresos que éstas reciben; lo cual se podría explicar, en parte, por el reducido número de empresas que están en condiciones de competir en el mercado, el mismo que se halla principalmente dirigido a captar el consumo de las grandes corporaciones, donde están los mayores estímulos económicos y financieros. Por su parte, los servicios profesionales demandados por este tipo de clientes son cada vez más exigentes, estos conllevan incluso su tercerización (compañías de entrenamiento de personal, monitoreo de armas, y ciertos dispositivos tecnológicos), con el objetivo de cumplir las exigencias. Por esta razón, únicamente las grandes compañías de seguridad transnacionales y algunas empresas nacionales fuertes están en condiciones de proveer y competir en este negocio, debido a la alta inversión necesaria para proporcionar tales servicios.

Debido a lo expuesto, este lucrativo mercado no puede ser cubierto por el grueso de compañías registradas. La plaza a la cual se dirigen las empresas más pequeñas, se encuentra desagregada en el gran abanico de actividades existentes, como pequeños negocios, guardianías de hogares, pequeñas urbanizaciones, entre otras. Mucho se habla de la fragmentación que promueven los servicios de seguridad privada a la sociedad en general, lo cual se debe principalmente a que todavía es considerado un servicio que solo pocos individuos pueden pagar, y por consiguiente, marca una implícita exclusión social entre consumidores y no consumidores. Si bien esto es un elemento importante de

¹³² “La privatización de la seguridad en el Ecuador: impactos y posibles escenarios”, **Revista Ciudad Segura** número 7, julio del 2006, p.8. FLACSO sede Ecuador, Quito.

considerar, pues proplematiza profundamente el concepto de seguridad como bien público, en el Ecuador la tendencia a una expansión masiva de utilización de estos servicios parece estar creciendo.

Las encuestas de victimización realizadas por FLACSO tanto en Quito, Guayaquil y Cuenca en el año 2003; revelan que el 8,7 % de los hogares poseen guardias privados. No se dispone de datos de los años subsiguientes, sin embargo, las 849 empresa registradas en la Superintendencia del Compañías en el año 2006, constituyen un dato que nos permite inferir la tendencia cada vez mayor de los estratos más populares de la sociedad ecuatoriana, a contratar guardianía privada (se incluye clase media y clase media baja); sectores en los que prima, por cuestiones adquisitivas, la ley del precio antes que la calidad del servicio en sí mismo. Ahora bien, la política de abaratamiento de costos, ha generado un repunte en el apareamiento de compañías o personal no regularizado oficialmente. El SRI reporta hasta el año 2005, 2.310 RUC (Registro Único de Contribuyentes) abiertos por concepto de esta actividad, de los cuales 892 son empresas y 1418 son personas naturales que podrían ofrecer los servicios deliberadamente y sin control alguno. En este sentido, en el país son frecuentes las denuncias por los precarios equipos de utilizan muchas de las empresas (armas, chalecos antibalas, entre otros), así como son recurrentes las denuncias por negligencia en el uso de los mismos, las cuales se realizan por el cometimiento de abusos, complicidad con la delincuencia, entre otras.

Esto de cierta forma puede ser causado por la tendencia del abaratamiento de precios e informalidad del servicio existente.

4.2. Seguridad privada y seguridad ciudadana.

Mucho se ha hablado en el Ecuador sobre la pertinencia del uso de las guardianías privadas como una solución o alternativa al manejo de la desprestigiada seguridad pública. Gran parte de esta discusión se centra en el debate que destaca la importancia de la participación ciudadana en la planificación y manejo de la seguridad, como una alternativa para suplantar el viejo y vertical concepto de seguridad nacional, el cual se basa en atacar las grandes amenazas contra el estado.

Es algo difícil evaluar los alcances y logros de la seguridad privada en materia de seguridad ciudadana, principalmente por la complejidad en dictaminar qué es lo que se está entendiendo por este concepto; por la poca existencia y confiabilidad de la

información; y, por el ámbito de responsabilidad de las guardianías privadas, la cuales no son contratadas específicamente para brindar un servicio público. Éste último está enfocado principalmente a velar por la disminución de los índices o niveles de delincuencia e inseguridad en general, mientras el servicio privado está más enfocado en brindar protección bajo objetivos particulares y sectorizados.

Para entrar a analizar los impactos de las guardianías privadas en el manejo integral de la seguridad ciudadana, es necesario partir del hecho que los delitos son la fuente principal de inseguridad ciudadana y asumir al concepto de seguridad dentro un esquema racional de elección de los actores por bienes y servicios. Las guardianías privadas son vistas como una opción pertinente a la cual recurren ciertos individuos para garantizar su protección individual, ésta implica un traslado de algunas competencias de la seguridad pública a la privada, como el porte de armas, la facultad y obligación de detener a delincuentes en delito flagrante, la prohibición de acceso a espacios, entre otras más. Para evaluar la incidencia de las guardianías privadas en el manejo integral de la seguridad ciudadana, ésta debe ser entendida como una serie de esfuerzos individuales, que sumados en su conjunto, deberían repercutir en la disminución de los delitos en los cuales tienen racionalmente competencia y responsabilidad.

Cuadro 5. Delitos donde las guardianías privadas tienen responsabilidad Ecuador 2002-2004.				
	2000	2002	2003	2004
Robo a domicilio	14041	13261	10224	10434
Robo carros	2574	2352	2203	2734
Otros robos	17470	16651	18170	17344
Asalto a bancos	86	91	130	72
Asalto a carreteras	465	538	356	393
Asalto c. comerciales	1943	1083	1975	2344
Asalto y robo de vehículos	4456	2514	2327	2059
Asalto y robo	13132	10633	9490	10253
Total	54167	47123	44875	45633

Fuente: Dirección Nacional de Tránsito

Elaboración: El autor.

Si tomamos en cuenta que el manejo de la seguridad pública está enfocado en reducir la inseguridad ciudadana con respecto al aumento delictivo, el sector privado que proporciona este servicio debe ser evaluado en su real incidencia sobre el control y la disminución del número de delitos sobre los que tiene responsabilidad; es decir, robos

a domicilios, robos a carros, asalto a bancos, asalto en carreteras, asaltos comerciales, asalto y robo de vehículos, y asaltos en general. En los datos proporcionados por la Policía Judicial, entre los años 2000 y 2004, vemos que los delitos arriba mencionados sumados en total por año, mantienen una tendencia decreciente a nivel de país en este periodo (Ver cuadro 5).

Pichincha por su parte, presenta mejoras considerables en números brutos en los delitos arriba mencionados, pues de los 22.291 delitos denunciados en el 2000, pasó a 16.514 en el 2004. Guayas por otro lado, varía de 14.553 delitos denunciados en el año 2000, a 14.814 en el 2002 y 13.110 en el 2004.

Con estos resultados, se podría argumentar que la seguridad privada está teniendo éxitos en el control de estos delitos. Sin embargo, si analizamos en detalle el comportamiento de dos de los principales delitos sobre los que estas compañías tienen responsabilidad directa, como asaltos los comerciales y los asaltos a bancos, vemos que existe ambigüedad en los resultados. A nivel de país los asaltos mantienen un comportamiento irregular y los asaltos comerciales tienden a subir. En Quito y Guayaquil que son las ciudades donde mayor presencia de compañías de seguridad se registra por número de habitantes, los asaltos a bancos en el año 2004 también mantienen tendencias irregulares con un crecimiento en el año 2003 y un decrecimiento en el 2004. Por otro lado, los asaltos comerciales disminuyeron drásticamente en la provincia de Pichincha de 1785 en el año 2000 a 481 en el año 2004, mientras que en la provincia de Guayas éstos aumentaron de 138 en el 2000 a 1353 en el 2004. Lo dicho anteriormente no nos puede conducir a decir que los aportes de la vigilancia privada al manejo de la seguridad ciudadana no sean importantes. Hay que considerar que los números de denuncias por los delitos tipificados anteriormente no han mantenido los niveles de crecimiento que tuvieron en la década de los noventa. Sin embargo, se debe reconocer que el gasto público en la Policía Nacional ha crecido tres veces en los últimos cinco años, y que el número de efectivos policiales aumentó de 22.000 efectivos en el año 2000 a 36.907 en el año 2004; lo cual puede estar incidiendo también en el control de este tipo de delitos.

5. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO A LA JURISPRUDENCIA PENAL ECUATORIANA.

5.1. DELITOS DE NARCOTRÁFICO.

5.1.1. JUSTIFICACIÓN.

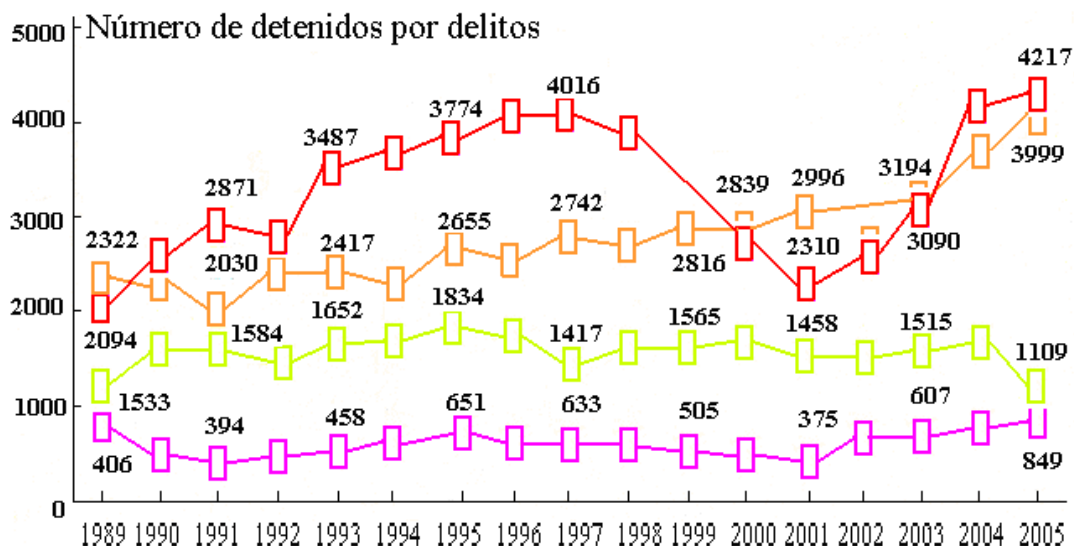
La importancia del análisis de los delitos de narcotráfico cobra importancia no únicamente para conocer la racionalidad económica del delincuente que comete este tipo de violaciones, no únicamente por la rigurosidad de las penas, además porque en la actualidad es el delito con mayor incidencia, en el que más recursos se invierte en su control, y el que más llena las cárceles del país.

Como se observa en la gráfica 24, en 1989 la cantidad de detenidos por narcotráfico era de 2322 y en el 2005 de 4217, es decir a aumentado en un 55%, una tasa de crecimiento aún mayor a la de otros delitos como los de propiedad (52%), sexuales (47%), incluso los delitos contra las personas ha disminuido en un 38%.

Gráfica 24

Los cuatro delitos con el mayor número de reos

Totales: ■ Drogas (54 722) ■ Propiedad (45 563) ■ Personas (26 492) ■ Sexuales (9 180)



Fuente y elaboración: Diario El Comercio.

Según Ricardo Arteaga, ex director de Rehabilitación, en artículo publicado en el Comercio¹³³, asegura que por este tipo de reclusiones el país vive hoy una crisis de hacinamiento, esto se debe a que desde 1990 el narcotráfico se convirtió en la principal causa de capturas. Según Arteaga, el repunte cobró fuerza desde que se implantó la Ley de Tenencia y Consumo de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes (1992), él dice que a nivel nacional existe de 50 a 70 ingresos semanales, de esa cantidad, de 20 a 25 personas deben ser reclusas por narcotráfico. Hasta mayo del 2007, en el país había 17.667 detenidos, de ellos apenas 6.417 tenían condena y 11.250 estaban procesados. Esto se demuestra, en el cuadro 2 que el mayor porcentaje de internos en las cárceles es por delitos de narcotráfico.

Para Fernando Carrión, en la Revista Ciudad Segura¹³⁴, si se comparan los datos de las denuncias de hechos delictivos con las detenciones existentes tenemos una primera gran conclusión: el 61,10 % de las denuncias realizadas por la población son por robos contra la propiedad y sólo el 0,66% por sustancias estupefacientes; no obstante, el 62% de las personas que se encuentran detenidas es por delitos de estupefacientes. Aquí aparece una incongruencia clara, debida, según él a que se ha puesto un especial énfasis en este tipo de delitos debido a la asistencia y a las donaciones hechas por los Estados Unidos, con lo cual se está especializando a la policía en el control de estos incidentes, desamparando a los delitos “nacionales”.

Cuadro 6 Porcentaje de internos por tipo de delito		
Tipo de delito	Internos Quito	Internos Guayaquil
Contra las personas	5 %	5 %
Contra la propiedad	5 %	10 %
Estupefacientes	75 %	77 %
Otros	15 %	8 %
TOTAL	100	100

Fuente: FLACSO, Encuesta a Centros de Rehabilitación Social, 2005

Elaboración: El autor.

¹³³Ecuador, Diario El Comercio, **La lucha contra el narcotráfico abarrotó las cárceles del país**, sección judicial, página 10, domingo 8 de julio del 2007.

¹³⁴Fernando Carrión, “La recurrente crisis carcelaria en el Ecuador”, **Revista Ciudad Segura**, número 11, noviembre del 2006, FLACSO sede Ecuador, Quito.

El cuadro 6, demuestra lo anteriormente anotado, aquí miramos cómo los delitos por estupefacientes es el que más llena las cárceles de Quito y Guayaquil, trayendo consigo hacinamiento, imposibilidad de una eficaz rehabilitación del reo y más bien siendo las cárceles una fábrica de delincuentes, protestas por parte de los reos, en una palabra crisis carcelaria.

5.2. CASO 1, GACETA JUDICIAL No. 5, de Enero a Abril de 1996, décimo quinta serie, pp. 1237

5.2.1. Resumen:

El miércoles, primero, y el viernes tres de abril de 1992, en la ciudad de Quito fueron detenidos:

1. Kléber Medina Sarmiento, mayor de edad, estado civil casado, de profesión Arquitecto.
2. José Navarrete Salcedo, colombiano, soltero, menor de edad, sin profesión alguna.
3. Antonio Gavino López, colombiano, soltero, comerciante.
4. William Geovanny Torres Ochoa, nacido en Cariamanga, casado, de profesión Ingeniero, domiciliado en Quito.
5. Jorge Vinicio Marín Marín, es nacido Quilanga, Loja, soltero, empleado en las minas de Nambija, y
6. Ego Guerrero Granda, nacido en Loja, mayor de edad, desempleado.

La Policía investigaba un posible grupo dedicado al tráfico de droga a nivel internacional, y como resultado de ese operativo se ha decomisado 6 635 gramos de cocaína¹³⁵, que mediante declaraciones presumariales, los detenidos, antes mencionados, habían aceptado su participación en el delito.

En el juicio, mediante indagaciones y diversas investigaciones, se establece que Antonio Gavino López Ibáñez, traía droga camuflada de Colombia y la entregaba a Geovanny Torres, para que enganchara pasajeros (en este caso: José Navarrete Salcedo, Ego Guerrero y Jorge Marín Marín), para que luego estos transporten la droga a Italia y

¹³⁵Báez, René, **Ecuador escala la guerra colombiana**. International writers associations. Quito, 2005. En este artículo se manifiesta que el kilo de cocaína en el mercado de New York se encuentra entre \$120 000 a \$200 000.

España. Con respecto a Kléber Medina, se descubrió que era únicamente cómplice, pues arrendaba la oficina donde planeaban los ilícitos. Torres ofrecía por la entrega de la mercancía \$2.700, dinero que era pagado culminada la operación, la ganancia del enganchador era de \$3.300.

5.2.2. Sentencia.

Con tales antecedentes, el 11 de septiembre de 1994, el Tribunal Penal Cuarto de Pichincha, aplicando el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas¹³⁶, declara a William Geovanny Torres y Gavino López Ibáñez a reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ochenta salarios mínimo vitales y, en virtud de los atenuantes señalados en el Artículo 29, número 6 y 7 del Código Penal¹³⁷ de conformidad con el artículo 72, Inc. 1ro. del Código Penal¹³⁸, se les impone la pena de reclusión mayor ordinaria de ocho años, más la multa de 60 salarios mínimos vitales.

En cuanto a los demás sindicados, quienes no participaron en forma directa en el delito, si bien no se les encontró con alguna evidencia en su poder, pero tuvieron conocimiento sobre éstos ilícitos, ocultándolos favoreciendo a los denunciados, se los condenó a dos años de prisión de conformidad con los Artículos 44 y 48 del código penal¹³⁹.

¹³⁶**Art. 62.- Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.-** Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.

¹³⁷**Art. 29, Código Penal.-** Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes: (...)6o.- Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción;7o.- Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso.

¹³⁸**Art. 72, Código Penal.-** Cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, las penas de reclusión serán reducidas o modificadas de la siguiente manera:

La reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años se sustituirá con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.

¹³⁹**Art. 44, Código Penal.-** Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente.

En segunda instancia, la Segunda Sala de la Corte Superior de Quito, reforma la sentencia de primera instancia y se impone a William Torres y a Gabino López, doce años de reclusión mayor y 60 salarios mínimos vitales. En cambio, a los cómplices se les condena a ocho años de reclusión mayor y a multa de cuarenta salarios mínimos vitales.

El dos abril de 1996, la Corte Suprema de Justicia, segunda sala de lo penal, niega el recurso de revisión y se ratifica la condena del tribunal inferior.

5.2.3. El Análisis Económico del Derecho aplicado al caso.

Hemos argumentado que si un criminal en potencia se comporta racionalmente, él o ella compararán las ganancias anticipadas de un crimen con los costos anticipados. Si las ganancias exceden a los costos, entonces es racional cometer el crimen.

Las labores cotidianas de quienes transportaban la droga, no eran la de cometer ilícitos, tal es el caso de Jorge Marín Marín, cuyo trabajo se encontraba en las minas de Nambija, Navarrete era menor de edad y no tenía profesión y Guerrero era desempleado. Sin embargo al no tener antecedentes delincuenciales, no conocían que podían ser condenados a 8 años de prisión, por eso el costo del tiempo de estar detenido para ellos era de cero. Por otro lado, el costo de oportunidad del tiempo, de dedicarse a negocios ilícitos versus negocios lícitos, también eran de cero, pues a excepción de Marín, que trabajaba en las minas de Nambija, los otros dos eran desempleados.

No obstante, ellos tenían conciencia que sus actos eran contrarios a la ley, además sabían cuál podía ser su retribución, y comparado al beneficio que podían tener a sus trabajos (costo de oportunidad), ellos eligieron un negocio ilícito a un lícito, configurándose su comportamiento a lo expuesto en la figura 2. Sin embargo tómesese en cuenta, que estos individuos no se pudiesen considerar peligrosos, el móvil de sus actos, según se deduce de su situación económica, era adquirir un ingreso extra, por ende la categoría jurídica de la peligrosidad¹⁴⁰ podría ser un hecho relevante como fundamento de derecho, mas es desconocida por nuestra ley, peor aún se lo considera como un criterio de sana crítica o de interpretación

Art. 48, Código Penal.- Los encubridores serán reprimidos con la cuarta parte de la pena aplicable a los autores del delito; pero en ningún caso ésta excederá de dos años, ni será de reclusión.

¹⁴⁰Mírese lo analizado en el capítulo tercero, (supra p. 81), la “peligrosidad” da un fundamento jurídico al estudio económico del comportamiento criminal, siendo con ello factible la implementación de los conceptos estudiados en el presente trabajo.

Según la fórmula 2 del capítulo 3, el razonamiento delincriminal de las personas arriba anotadas sería:

$$(2) E [U] = P U (Y-f) + (1 - P) U (Y)$$

$$E [U] = \$2\,300(0.5) - (\$0) (0,5) - (\$0) (0.26)$$

$$E [U] = \$1\,150$$

Donde:

$U (\cdot)$ = Es la función de utilidad individual Von Neumann Morgensten.

Y = La ganancia de cometer el crimen, sea esta una ganancia psicológica o material, siempre será valuada, según el AED, monetariamente.

f = El equivalente monetario del castigo.

Suponiendo que la probabilidad de ser capturado es del 50%, y bajo los criterios antes anotados, como el hecho de que el delincuente es desconocedor de su posible condena pese a que tiene conciencia que está infringiendo la ley¹⁴¹). La probabilidad de ser condenado es de del 26% (tal como se mostró en el cuadro 3, del capítulo dos), sin embargo, este valor del costo también es cero, puesto que los detenidos tienen desconocimiento de su eventual condena. Su utilidad neta sería de \$1.150, por ello es que los individuos del presente caso deciden, eligen cometer un ilícito.

El caso de Geovanny Torres y Gavino López es diferente, ellos tienen “experiencia”, en este negocio, de hecho, pertenecen a una banda dedicada al narcotráfico, además sus ganancias eran mayores, pues ellos recibían \$3.300, por cada una de las personas enviadas, y bajo el supuesto de tenían más gente a su cargo (por este dato se hace difícil calcular su ganancia total), sus beneficios eran lo suficientemente rentables como para mantenerse dentro del “negocio”. Sin embargo ellos sí conocían que la gravedad de su falta podía concluir en una condena de 12 años, pues como se desprende del caso, Torres y López ya se encontraron apresados anteriormente. Además conocían que los costos de su defensa podían ascender a más de \$10.000¹⁴² y que el costo de mantenerse prisión es de más de \$70 mensuales tal como

¹⁴¹Con ello no se va en contra del criterio jurídico de que la ley se presume conocida, ellos únicamente no conocían de cuál podría ser su condena.

¹⁴²Revista Ciudad Segura número 8, agosto del 2006, p.8. FLACSO sede Ecuador, Quito, en este capítulo se establece que el promedio de defensa de gastos en abogados por un reo encarcelado por narcotráfico es de \$10 000.

se demostró en el capítulo 3. Para estos dos individuos, sin lugar a dudas, su “empresa” era rentable, pero con altos riesgos.

Por otro lado, el dictamen del juez, de Corte Suprema, dura 4 años, la mitad de la pena, un tiempo excesivo, que demuestra la lentitud del sistema judicial.

5.3. CASO 2, GACETA JUDICIAL No. 8, de Enero a Abril de 2004, décimo cuarta serie, pp. 4669.

5.3.1. Resumen:

El 19 de junio de 1992, en la ciudad de Quito se realiza el operativo e informe policial denominado “ciclón”, y que como consecuencia se efectuaron una serie de allanamientos a los domicilios, empresas, haciendas y más propiedades de los integrantes de la organización narcodelictiva liderada por Jorge Hugo Reyes Torres, además se incautó: papeles, libros de contabilidad, cheques, dinero, certificados de depósito y otros documentos financieros relativos a operaciones y transacciones realizadas por los integrantes de la de la susodicha banda en el Banco Sociedad General de Crédito S.A. Mediante diversas indagaciones se comprueba que se abrieron varias cuentas bancarias y como única firma autorizada en ellas consta la de la Economista Mirella Santacruz Delgado, ella realiza la apertura de otras cuentas a nombre de: Agrícola Industrial S.A., Anay Estefany Sociedad Industrial Agrícola S.A., y J.H. Servirey C.A., las mismas que fueron investigadas por la INTERPOL, además ella coordinaba para que otras personas que trabajaban con Reyes presten su nombre para la apertura de nuevas cuentas. Se llega a la conclusión que el dinero de las empresas se originan y proceden de manera indiscutible del narcotráfico; además la INTERPOL considera que todos y cada uno se asociaron ilícitamente para integrar una narcobanda, liderada por Hugo Reyes Torres, con el propósito de ocultar el origen del dinero ilícito y contribuir a negociarlo, convertirlo o transferirlo a otras actividades, pretendiendo con todo esto garantizar la impunidad. El saldo total consignado por todas las empresas se aproximan a los diez millones de dólares.

5.3.2. Sentencia.

El Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha mediante sentencia emitida el 22 de marzo del 2001 absuelve a Jorge Hugo Reyes Torres y Laura Mirilla Santacruz, debido a que en las cuentas no se registra ningún tipo de transacción, hasta el 10 de

septiembre de 1990, cuando quedan totalmente inactivas, desde esa fecha hasta el momento en que se produce el denominado operativo ciclón (1992), tampoco se realiza movimientos bancarios de ninguna naturaleza. No se puede configurar el delito de conversión o transferencia de bienes, si este no existía y es el 17 de septiembre de 1990 (fecha en la cual entra en vigencia la ley de estupefacientes), en que se lo tipifica y sanciona como tal, esto se encuentra contemplado en el artículo 24 inciso primero de la Constitución¹⁴³.

En la primera sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, el 19 de marzo de 2002, revoca la sentencia de primera instancia, y condena a Reyes Torres y Laura Santacruz como autores intelectuales del delito de conversión y transferencia de bienes, tipificados en el artículo 77 párrafo primero de la Ley sobre sustancias estupefacientes, a cuatro años de reclusión mayor y dos mil salarios mínimos vitales.

Posteriormente, en el mismo año 2002, el proceso pasa al recurso de casación, el mismo que es negado, reiterándose de esta manera la sentencia del inferior.

5.3.3. El Análisis Económico del Derecho aplicado al caso.-

Como vemos el lavado de dólares fue un negocio lo suficientemente lucrativo, como para levantar un imperio, en el presente análisis, únicamente se describe el juicio por lavado de dinero, de los varios juicios que tuvo que enfrentar, en donde se ha establecido que su cuantiosa fortuna asciende a los 500 millones de dólares, donde la racionalidad económica del delito está a la vista, resulta complicado alcanzar un fondo financiero de tal proporción en un período tan corto de tiempo (desde 1988 hasta el desmantelamiento en el operativo ciclón en el año de 1992) en negocios lícitos, por ello se puede concluir que Reyes Torres, sabía que sus beneficios serían altos y el costo de este “trabajo” era mínimo, no obstante la sentencia de primera instancia en la cual se lo absuelve, demuestra su poder económico.

$$(1) E [U] = P U (Y - f) + (1 - P) U (Y)$$

$$E [U] = \$100\,000\,000(0.5) - (\$15\,000) (0,5) - (\$70) (0.26)$$

¹⁴³ **Artículo 24 inciso primero, Constitución Política del Estado:** Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la Ley.

Como se puede observar las ganancias netas de este negocio ilícito eran cuantiosas, movían mucho capital financiero y económico y era una red de narcotráfico bien organizada, que propiciaba la delincuencia incluso a niveles más bajos, pues reclutaba constantemente a nuevos miembros. Pese a todo esto el Juez, en primera instancia, absuelve a Reyes y en segunda instancia tan solo le da dos años. Compárese con el caso uno como estas resoluciones son inconsistentes, a los denunciados en el primer caso, gente sin ocupación y pobre (como es el caso de Vinicio Marín Marín del trabajador de Nambija), se le sentencia a 8 años de reclusión mayor.

Con esto se evidencia la ineficiencia de la Justicia, no existiendo un real castigo por los delitos cometidos, nótese además que existiría una incoherencia con lo señalado en la gráfico 1 del capítulo 3, puesto que no hay un relación de la severidad del castigo con la gravedad del delito, además se impide la posibilidad de un castigo que reivindique al reo, creándose con este tipo de sentencias un mal mayor, pues las cárceles se llenan con gente que no puede acceder a un juicio justo, siendo la cárcel una escuela de delinquir.

6. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD PRIVADA.

6.1. JUSTIFICACIÓN

La propiedad es una institución que surge del sistema económico capitalista; el Derecho, a través de las diferentes leyes y Constitución¹⁴⁴, busca garantizarlo, es decir la propiedad, es una categoría cuyo origen es la Economía y se lo avala con el Derecho, por ello es factible entender a la propiedad desde el punto de vista económico: sus orígenes, su evolución y problemáticas para su efectivo goce. Además de que no se puede la frecuencia con la que estos delitos se suscitan, como se mira en la figura 18, los delitos contra la propiedad es el segundo que más se comete a nivel nacional, se puede decir que es el delito “nacional” que más afecta a la sociedad, por ello es indispensable una política de seguridad que se preocupe en combatir y sobre todo prevenir estos ilícitos.

Los delitos contra la propiedad impiden el correcto desempeño de la Economía, pues crea inseguridad, y desconfianza en invertir. Como bien lo señala Cooter y Ullen:

¹⁴⁴**Constitución Política del Estado, Artículo 30:** La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía. Deberá procurar el incremento y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y desarrollo (...).

“los derechos de propiedad proveen el marco legal para la asignación eficiente de los recursos”¹⁴⁵

El AED estudia la propiedad desde dos perspectivas, como una manera de restricción implícita o abuso del derecho, lo que Coase llama externalidad negativa, o el estudio doctrinal tradicional¹⁴⁶. Que mira al delincuente como un individuo racional, económicamente hablando. El presente trabajo se concentra en la segunda perspectiva, por ende busca establecer, como se hizo en el caso de narcotráfico, la existencia o no de una racionalidad por parte de los individuos para delinquir.

La importancia de estudiar la teoría del comportamiento económico criminal, reside en el hecho de que se puede conocer de antemano cuál podría ser el proceder delincuenciales. Con este criterio los llamados observatorios criminales (en Quito este organismo es dirigido por el Municipio y en Guayaquil por la ESPOL), los mismo que con la llegada de la medición de la violencia con técnicas e instrumentos modernos, que incorpora la informática- se han empezado a estudiar las lógicas recurrentes de algunos hechos de violencia respecto de ciertas variables que antes no habían sido consideradas; allí han aparecido la importancia de tener en cuenta, por ejemplo, las dimensiones del espacio y del tiempo¹⁴⁷ con su cronología¹⁴⁸, entre otras.

Con ello se empieza a desarrollar la pertinencia de un concepto importante que vincula el tiempo con el delito: la llamada “cronología de la violencia”, con el que se busca desentrañar la existencia de una cierta lógica y recurrencia del comportamiento de cada tipo delito con relación al tiempo: hay algunas violencias que se desarrollan preferentemente en ciertas horas, en algunos días y en determinados momentos del año; lo cual hace referencia a los comportamientos en base un análisis de costo-beneficio,

¹⁴⁵ Cooter y Ullen, op.cit., p.100.

¹⁴⁶ Como se vio en el capítulo dos (*supra* pp.29 y ss.).

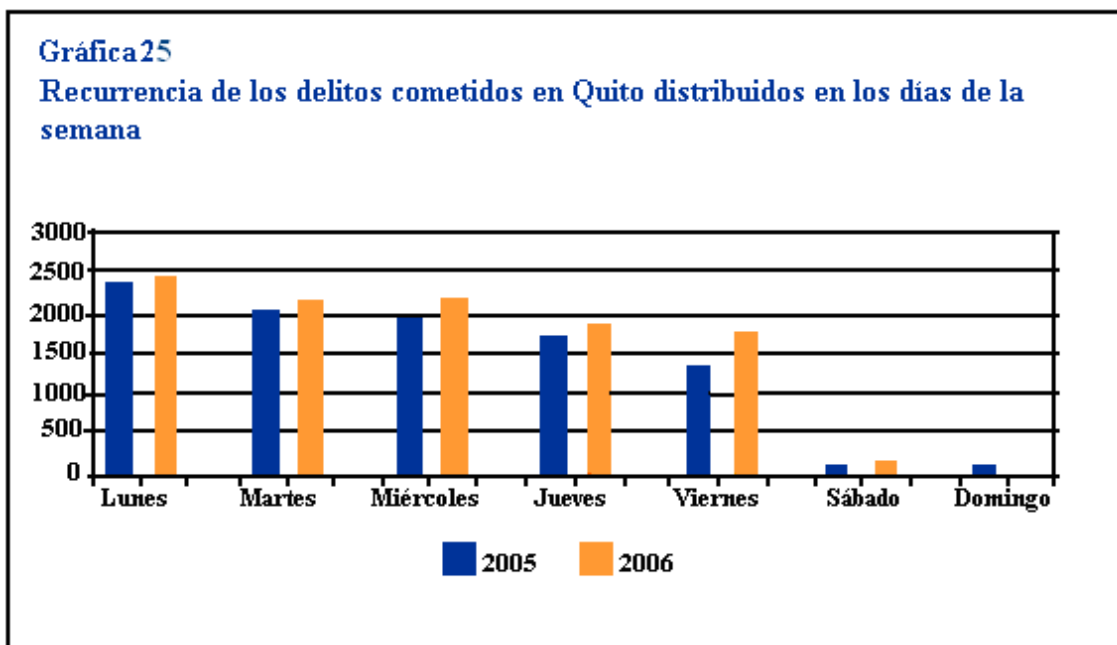
¹⁴⁷ Carrión Fernando, Revista Ciudad Segura, estudios sobre la ciudad, No. 14, febrero del 2007. Él dice: “La entrada de la variable temporal en la comprensión de las violencias permite adentrarnos más en la lógica compleja que adorna a cada violencia en particular, para conocerlas en su real dimensión. Así como con la variable espacial es posible entender que se “cazan tigres donde hay tigres” (por la división social del espacio), con la cronología de la violencia se evidencian los usos sociales, económicos y culturales del tiempo. En otras palabras, detrás del tiempo y del espacio es posible considerar otras variables que nos ayudan a entender los delitos y sus lógicas”.

¹⁴⁸ Carlos Esteban Posada Posada, *Modelos económicos de la criminalidad y la posibilidad de una dinámica prolongada*, Departamento de planeación, unidad de análisis macroeconómicos, Bogotá 1994. Dicho análisis cronológico ya ha sido estudiado más profundamente en modelos económicos de la criminalidad y la posibilidad de una dinámica prolongada, aquí se relaciona a la criminalidad como una medida macroeconómica, la delincuencia y la violencia son variables que están en función del ingreso per capita, producción, inversión y desempleo.

por ejemplo es menos probable que un delincuente pueda robar una casa cuando es un feriado, sus ganancias serían mayores al tener más tiempo para robar más, y la probabilidad de ser detenido y tener que enfrentar los costos de estar prisionero son menores.

Los delitos contra la propiedad concentran un conjunto de delitos que tienen lógicas temporales distintas; por ejemplo, entre los robos a las personas, a los bancos, a las casas comerciales y a las residencias. Sin embargo de ello, se percibe una clara diferencia en la frecuencia temporal del total de los delitos según los días de la semana: en general se producen una concentración de los mismos durante los días lunes, martes, miércoles, jueves y viernes y un decrecimiento agudo los días sábado y domingo (mírese gráfica25).

Esta verificación nos lleva a pensar en la necesidad de incorporar por lo menos dos variables más al análisis de la temporalidad de este delito: la jornada laboral y el carácter del espacio (público o privado). Este delito parecería estar vinculado a la jornada laboral en una doble dimensión: por un lado, las víctimas al encontrarse fuera de sus hogares hacen más vulnerables las casas objeto del robo, por razones vinculadas



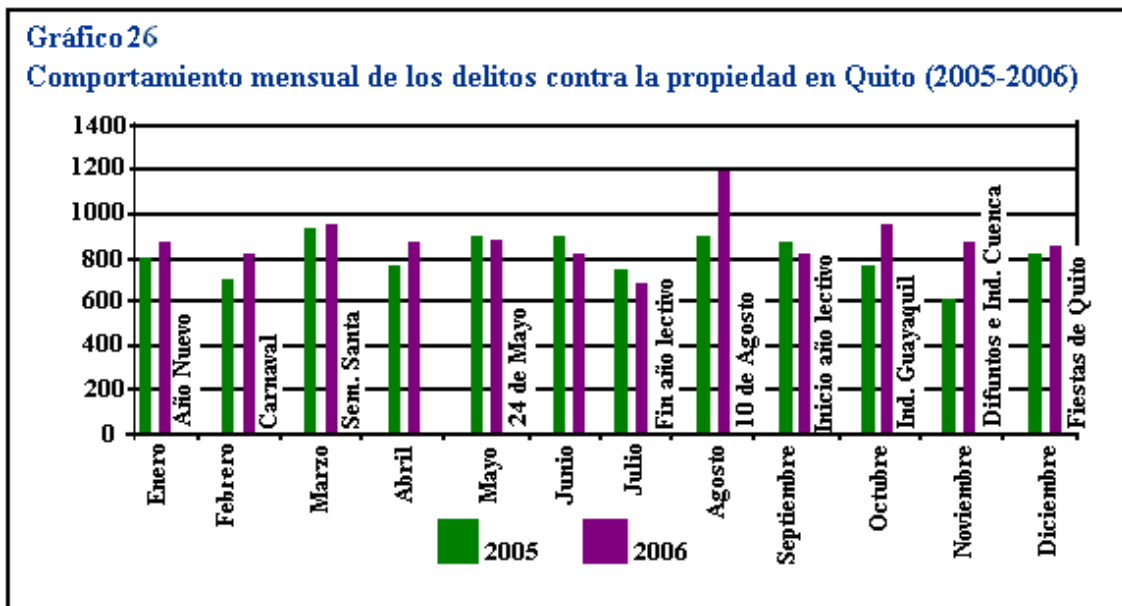
Fuente: Observatorio Metropolitano de Seguridad Ciudadana

Elaboración: El autor.

a un costo de oportunidad obvio: robar un bien sin la presencia del dueño implica un riesgo menor para el delincuente, como ya se anotó. Y por otro lado, la persona objeto del robo se hace más vulnerable en el espacio público que en su casa, lo cual beneficia al ladrón. Si nos adentramos en los tipos de robos que se encuentran dentro de esta

categoría (delitos contra la propiedad), lo primero que se percibe es que más de la mitad de los mismos se refieren al robo a las personas, lo cual marca en gran parte el comportamiento del conjunto de la categoría, escondiendo –por tanto- los rasgos particulares de los otros delitos. Por el contrario a la lógica general de los delitos a la propiedad, existen casos de delitos concretos que se desarrollan en el ámbito del espacio privado y dentro de los horarios habituales de trabajo; nos referimos, por ejemplo, a los robos a domicilios; y en otros casos, como los robos a las casas comerciales también son en espacios privados pero fuera de los horarios laborales. En cada caso, el costo de oportunidad es determinante o si se quiere, es un factor que aumenta las vulnerabilidades para cometer este tipo de delitos.

Este gráfico es suficientemente descriptivo de la recurrencia existente en una violencia particular (delitos a la propiedad); donde los delitos están concentrados durante los días laborales pero con una tendencia decreciente desde el lunes hasta el viernes. La información que tiene el gráfico es evidente: en los dos años estudiados (2005-2006) es nota una lógica diaria y semanal del comportamiento de este delito.

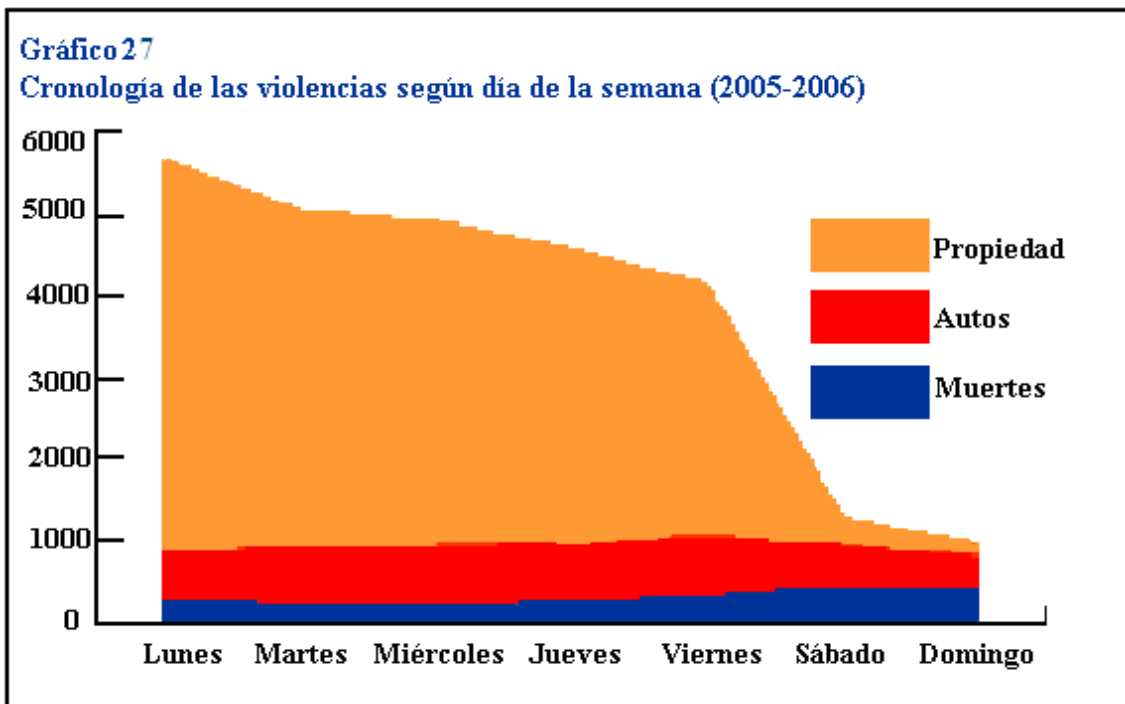


Fuente: Observatorio Metropolitano de Seguridad Ciudadana
Elaboración: El autor.

Es que las violencias tienen una cronología que se diferencia según las horas, los días y las semanas. Es una constante que en la noche haya más actos delictivos que en la mañana, que en los viernes y sábados se incrementen las acciones más violentas y que

en ciertas fechas también haya una concentración de los hechos, como ocurre en ciertas fiestas cívicas, religiosas o deportivas (gráfico 26). Además hay que tener en cuenta que hay violencias que se desarrollan de manera exclusiva en ciertas fechas: por ejemplo, las que tienen lugar con el cambio de año o en el carnaval.

En el gráfico 27 podemos observar claramente el comportamiento diferencial por tipos de violencias. Así, se evidencia: primero la magnitud relativa de los delitos contra la propiedad frente a los otros, al extremo que se trata del delito que más aporta al conjunto de las denuncias que se hacen en la ciudad. Segundo, se percibe un comportamiento temporal diferenciado por tipos de delitos; así tenemos expresiones claramente distintas entre los delitos a la propiedad, robos de vehículos y los homicidios. Mientras los primeros decrecen desde el lunes hasta prácticamente desaparecer el fin de semana, los segundos mantienen el número casi de manera homogénea durante los días laborales, y los terceros incrementan su cantidad desde el lunes para concentrar la mayor cantidad en los fines de semana. Es decir, tres tipos de violencia que tienen tres comportamientos temporales diferentes.



Fuente: Observatorio Metropolitano de Seguridad Ciudadana
Elaboración: El autor.

6.2. CASO 3, GACETA JUDICIAL No. 6, de mayo-agosto de 2001, décimo séptima serie, pp. 1627.

6.2.1 Resumen.

La noche del día sábado y el amanecer del día domingo dos de noviembre de 1997, en la ciudad de Quito, ladrones no identificados han procedido a violentar los candados y las seguridades de la oficina “SISTEN TEX” de propiedad de los denunciados, Fabián Hernández y Gloria Fajardo, de donde se han sustraído dos computadoras clon, una impresora, un escáner marca HP y una copiadora marca MITA, todos estos objetos son valuados en 15 millones de sucres.

Días después, un individuo que responde a los nombres de William Mina Barahona, es perseguido por la policía por intento de robo a Carlos Brito, el delincuente al refugiarse en su domicilio, se descubre que es también quien robó los objetos antes mencionados. Él delincuente desmiente tales hechos, diciendo que él compró los artefactos robados, pero mediante varias investigaciones se observan las huellas de forzamiento en las seguridades de las puertas.

6.2.2. Sentencia.

El 30 de mayo del 2001, se dicta sentencia absolutoria a William Mina Barahona, pues el Juez del Primer Tribunal Penal de Pichincha considera que no existen razonables dudas sobre su responsabilidad, esto se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el artículo 326 del Código de Procedimiento Penal (año 83)¹⁴⁹.

La resolución de casación resuelve que las pruebas dan sustento suficiente para hallar al procesado culpable, esta reforma se basa en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal (año 2000)¹⁵⁰. Con estos antecedentes, Mina Barahona es autor responsable del delito tipificado y sancionado en el artículo 560 del Código Penal¹⁵¹ y

¹⁴⁹ **Art. 326, Código de Procedimiento Penal, (R.O. 511, 10-VI-83).**- La sentencia debe ser motivada y concluirá condenando o absolviendo al procesado. Cuando el Tribunal tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo, dictará sentencia condenatoria. Si no estuviere comprobada la existencia del delito, o la responsabilidad del procesado, o existiere duda sobre tales hechos, o el procesado hubiere acreditado su inocencia, dictará sentencia absolutoria.

¹⁵⁰ **Art. 358, Código de procedimiento Penal (R.O. 360-S, 13-I-2000). Sentencia.**- Si la Corte Suprema estimare procedente el recurso pronunciará sentencia enmendando la violación de la ley. Si lo estimare improcedente, lo declarará así en sentencia y devolverá el proceso al inferior para que ejecute la sentencia. Si la Sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada.

¹⁵¹ **Art. 560, Código Penal.**- El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o

por ello se le impone pena de dos años de prisión correccional y multa de cuarenta sucres.

6.2.3. El Análisis Económico del Derecho aplicado al caso.

Como observamos, el momento en el cual delinque Mina es en la madrugada, con lo cual se sustentan los datos antes analizados acerca de la cronología para delinquir, puesto que el delincuente conoce que su costo de oportunidad es mayor al robar en la madrugada y preferentemente un día festivo (2 de noviembre), pues disminuye sus posibilidades de ser arrestado.

El cambio de ley, en este caso, permitió tener un sustento legal por parte de la defensa para legitimar la reforma de la sentencia, empero esto sucedió 3 años después, hasta ese tiempo existió perjuicio especialmente para el denunciado, pues no pudo establecerse sentencia condenatoria, permaneciendo el reo todo ese tiempo sin la ejecución de la pena, existiendo ineficiencia en el sistema procesal y perjuicios sociales. No obstante, en este caso también se verifica la racionalidad económica del delincuente ya que los beneficios son suficientes como para poder hacer solvente su “empresa” del crimen.

6.3. CASO 4, GACETA JUDICIAL No. 4, de septiembre-diciembre de 2001, décimo séptima serie, pp. 1015.

6.3.1. Resumen.

El 15 de enero de 1998 a las once horas treinta de la mañana, en la Ciudad de Guayaquil, Wellington Panchana Benneth, Xavier Antonio Medina y Yadira Elizabeth Mora Benneth, incurrían en el cometimiento del asalto y robo a mano armada al Banco Internacional, ubicado en las calles Víctor Emilio Estrada y Dátiles, Centro Comercial El Triángulo de la Ciudadela Urdesa, los cuales admiten su participación en declaraciones rendidas al Fiscal Décimo de lo Penal del Guayas. La cantidad total robada asciende a diecinueve millones setecientos mil sucres (S/. 19'700.000,00).

6.3.2. Sentencia.

El Segundo Tribunal Penal del Guayas el 20 de septiembre del 2000, declara a:

descargo, y que le hubieren sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América

1. Xavier Medina, de 30 años, de profesión chofer, de instrucción secundaria.
2. Yadira Mora Benneth, de 31 años, ocupación comerciante, de instrucción secundaria, y a;
3. Wellington Francisco Panchana Benneth, de 26 años, de ocupación mensajero, autores responsables del delito tipificado en el Artículo 550 y 552 circunstancia segunda del Código Penal¹⁵².

Luego, en el año 2002, la Corte Suprema de Justicia, en la Primera Sala de lo Penal, casa la sentencia de primera instancia, imponiendo a los procesados, la pena de seis años de reclusión menor.

6.3.3. El Análisis Económico del Derecho aplicado al caso.

Los delincuentes en este caso, al igual que el caso 1, buscan establecer asociaciones para hacer más efectivo el cometimiento del “negocio” ilícito.

Aplicando la fórmula (3) del capítulo 3, podemos observar la utilidad esperada de los delincuentes 1, 2 y 3, puesto que como se observó, ellos antes del delito tenían “otras” profesiones, así el delincuente 1, de ocupación chofer pudo haber hecho este análisis del negocio ilícito de robar el banco:

$$(3) E [U] = P U (W-f) + (1 - P) U (W+g)$$

- *Individuo 1 (chofer).*

$$E_1 [U] = (0.5) U (800.000 - 4'000.000) + (1 - 0.5) U (800.000 + 6'566.666)$$

$$E_1 [U] = 2'483.333,33.$$

Siendo:

¹⁵²**Art. 550, Código Penal.**- El que, mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, sustrajere fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse, es culpado de robo, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitararlo, en el momento de cometerlo, o después de cometido para procurar su impunidad.

Art. 552, Código Penal.- El máximo de la pena establecida en el artículo anterior, se aplicará al responsable si concurre alguna de las siguientes circunstancias: (...)

2o.- Si el robo se ha ejecutado con armas, o por la noche, o en despoblado, o en pandilla, o en caminos o vías públicas

W = El salario inicial de chofer del individuo 1,

f = Las pérdidas por estar preso los costos de defensa.

g = La ganancia por cometer el delito, aquí se divide la cantidad robada para los 3 individuos.

- *Individuo 2 (comerciante).*

$$E_2 [U] = (0.5) U (500.000 - 4'000.000) + (1 - 0.5) U (300.000 + 6'566.666)$$

$$E_2 [U] = 1'685.333,33.$$

- *Individuo3 (mensajero).*

$$E_2 [U] = (0.5) U (300.000 - 2'000.000) + (1 - 0.5) U (300.000 + 6'566.666)$$

$$E_2 [U] = 2'583.333,33.$$

Observamos que los tres individuos tienen una utilidad esperada positiva, al establecer una comparación entre su remuneración lícita versus su remuneración ilícita miran factible el cometer el ilícito, pues sus ganancias compensan el peligro que implica el robar un banco.

Por otro lado, mientras más bajo es el salario lícito del individuo, más motivado estaría el delincuente ha dedicarse a labores delictivas, pues quien tiene menos ingreso, va a valorar mucho más un dólar extra que tenga como ingreso, mírese cómo esto guarda coherencia con lo expuesto en la fórmula (5) del capítulo tercero.

7. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS.

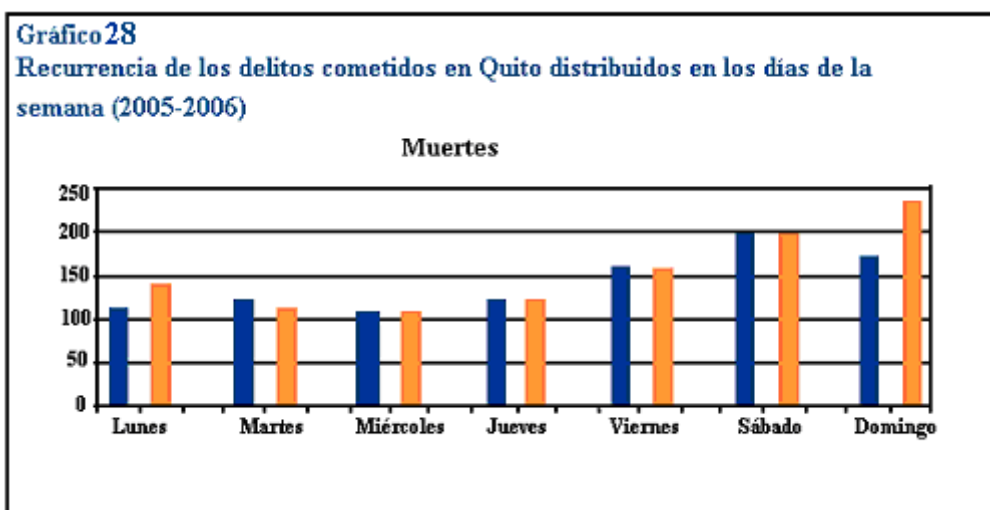
7.1. JUSTIFICACIÓN.

Al igual que la mayoría de ilícitos, los delitos contra de las personas, son producto de muchos factores: familiares, psicosomáticos, económicos, etc. Para el AED el estudio se lo hace desde las perspectivas señaladas: costo-beneficio para delinquir, costo de oportunidad y la minimización del riesgo de ser arrestado conjuntamente con la maximización de sus utilidades.

Por otro lado, este tipo de delito es uno de los más investigados en políticas de seguridad, debido a que expresa uno de los grados más altos de violencia, permite

alcanzar el mayor nivel de proximidad hacia un dato real de los hechos denunciados y – debido a estas razones- la cooperación internacional lo utiliza como indicador generalizado para medir y comparar los niveles de violencia existentes en una región, país o ciudad. Sin embargo, este delito tiene un comportamiento inverso y totalmente distinto a los dos anteriores, lo cual nos lleva a afirmar que es un craso error caracterizar cuantitativa y cualitativamente la violencia de un país o una ciudad sólo por una de las variables, por más importante que sea¹⁵³.

El gráfico 28 se evidencia un comportamiento claro respecto de la relación entre homicidios y tiempo. Desde el día miércoles hasta el domingo se observa una tendencia ascendente y desde el lunes hacia el miércoles una evolución inversa: decremento sostenido de los homicidios. Sin embargo, si nos adentramos un poco más en los datos, vamos a coincidir que el fenómeno se concentra principalmente en dos días: los viernes y los sábados.



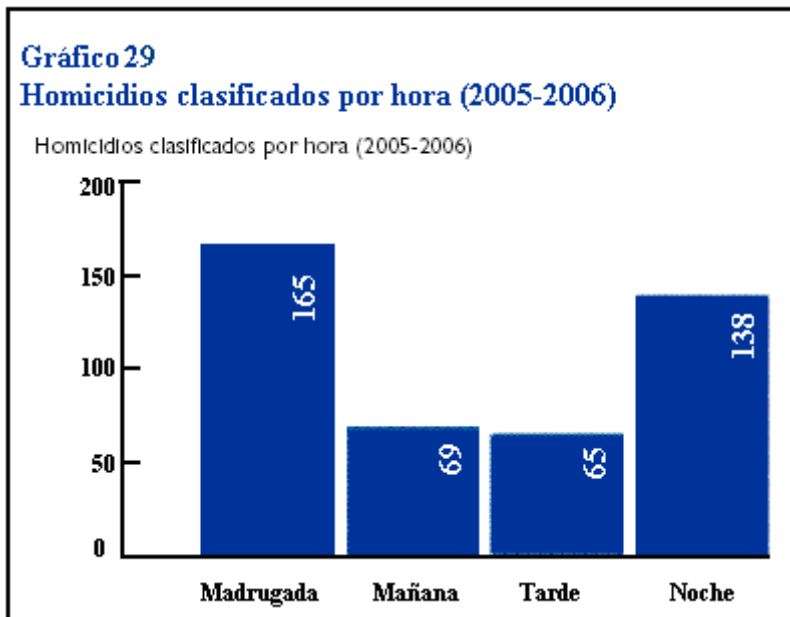
Fuente: Observatorio Metropolitano de Seguridad Ciudadana
Elaboración: El autor.

Y esta asociación con estos días nos muestra el nivel de proximidad que existe de los homicidios con las prácticas culturales de la fiesta en la ciudad. Esta concentración de los homicidios en tan pocos días tiene que ver con el hecho de que los asesinatos que se producen el día domingo son un “coletazo” del día sábado. Si se realiza una desagregación de la información temporal y la unidad de medida ya no es el día sino la hora, es fácilmente observable que los homicidios del domingo se producen

¹⁵³Probablemente a eso se deba que existan países con bajas tasas de homicidios pero altas en robos a la propiedad, pero que unos y otros tengan percepciones de inseguridad similares. Quizás sea mejor hacer un índice que aglutine algunos de los delitos que trabajan en una sola variable.

en la noche del sábado y en la madrugada del domingo; es decir, como una prolongación de la tendencia del día sábado. Y lo mismo ocurre en la relación del viernes hacia el sábado.

Así como al interior de los robos a la propiedad existen distintas lógicas temporales, en este caso de los homicidios ocurre de igual forma: por un lado, hay los homicidios que se suceden por acciones predeterminadas como pueden ser el ajuste de cuentas o el sicariato que tienen una lógica caso por caso que llevan a un asesinato condicionado a la cotidianidad y los horarios propios de la víctima. Y, por otro lado, los homicidios que provienen de actos “casuales” propios de ciertas prácticas culturales. Este tipo de homicidio es el que aporta con el mayor número de hechos delictivos y es, por tanto, el que define el comportamiento general de la variable. Allí la explicación clara del Gráfico No. 29: en la mañana y tarde se producen menos de la mitad de los homicidios que en la madrugada.



Fuente: Observatorio Metropolitano de Seguridad Ciudadana
Elaboración: El autor.

7.2. CASO 5, GACETA JUDICIAL No. 6, de mayo-agosto de 2001, décimo séptima serie, pp. 1663.

El día 17 de agosto de 1997, aproximadamente a las 21h00, en el sitio denominado Limón, de la jurisdicción parroquial de Guápulo, Provincia de Bolívar, Segundo Guzmán Ibarra es encontrado muerto, luego se observa que se han sustraído

bienes del occiso: un lote de joyas avaluadas en la cantidad de S/. 20'000.000,00, toda la ropa existente, una pistola, un equipo de sonido, un televisor y la cantidad de S/. 30'000.000,00 en efectivo, (cantidad que Guzmán la tenía para someterse a una intervención jurídica), vajilla, cristalería, materiales de agricultura, 6 ovejas y cinco chanchos, tres motosierras, ganado vacuno, mular y S/. 5'000.000,00 en efectivo, los objetos sustraídos fueron avaluados en S/. 50'000.000,00.

Posteriormente, mediante diversas investigaciones el Señor Fiscal, mediante extenso estudio del proceso y la toma de varias declaraciones establece que Oscar Benigno Guzmán Borja (quien habría sido por reconocido por el occiso como hijo en el año 82), el día 7 de agosto de 1997, según reza el informe policial: “con el propósito definido de robarle sus bienes muebles, de apoderarse por medios ilegítimos de sus bienes raíces”, asesina a su padre, amarrándole las manos y dándole tres disparos, luego procede a robarle en complicidad de los empleados de la hacienda en la que vivía con su padre.

7.2.1. Sentencia.

El Juez Segundo de lo Penal de Bolívar, ordena la acumulación de acciones¹⁵⁴, a fin de no dividir la continencia de la causa, porque los hechos que se investigan son cometidos en la misma fecha, hora aproximada y lugar, luego el 28 de septiembre del 2001, acusa a Oscar Guzmán, de 20 años, de ocupación estudiante, de ser autor de los delitos concurrentes de asesinato y parricidio, tipificados y sancionados en los artículos 450 numeral 5to. y 452 del Código Penal¹⁵⁵, y se lo condena a 16 años de reclusión mayor.

En lo posterior, el proceso pasa a la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde se casa la sentencia materia del recurso, absolviendo a Oscar Guzmán, esto fundado en que hubo una confusión e interpretación indebida de las norma legales, puesto que las infracciones de asesinato y parricidio son excluyentes, ya que el parricidio es un homicidio o asesinato entre parientes cercanos.

¹⁵⁴La figura jurídica de la acumulación de acciones resulta un elemento útil para el ordenamiento jurídico para propiciar la eficiencia y la economía procesal.

¹⁵⁵**Art. 450.-** Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes:

(...) 5o.- Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse;

Art. 452, Código Penal.- Los que, a sabiendas y voluntariamente, mataren a cualquier ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano, serán reprimidos con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

7.2.2. El Análisis Económico del Derecho aplicado al caso.

Según lo analizado en el proceso, sí existió evidencia suficiente como para declarar culpable a Oscar Guzmán, quien se sintió incentivado de cometer el crimen debido a los bienes que poseía su padre (S/. 105'000.000,00), el móvil del delito fue la pingüe fortuna, pues en autos también se manifiesta que Guzmán Ibarra, debido a la peligrosa operación a la que iba a ser sometido, él estaba redactando su herencia en la cual repartía sus bienes a todos sus hijos.

Aquí el comportamiento criminal también se manifiesta como una decisión racional de establecer beneficios económicos.

7.3. CASO 6, GACETA JUDICIAL No. 3, de mayo-agosto de 2000, décimo séptima serie, pp. 705.

7.3.1. Resumen.

El 21 de marzo de 1998, a eso de las 21 horas, en la ciudad de Guayaquil, tres sujetos quienes se movilizaban a Puerto Nuevo en un taxi, al llegar a una zona oscura y desolada, proceden a asaltar al taxista (Francisco Encalada Coraiza), bajarle del vehículo, vendándole los ojos y amordazándole la boca con cinta de cartón, le rociaron gas lacrimógeno en el rostro, lo dejaron abandonado para huir robándole el automotor, sin embargo uno de los miembros de la pandilla fue capturado, respondiendo éste a los nombres de Edwin Leonardo Román Velasco; no obstante los otros dos delincuentes se dieron a la fuga.

7.3.2. Sentencia.

El Segundo Tribunal Penal del Guayas, declara a Edwin Román Velasco, de 21 años de edad, de profesión estudiante, como autor responsable del delito tipificado en el artículo 550 del Código Penal y que reprime el artículo 552 *ibídem*, circunstancia segunda¹⁵⁶, y consecuentemente le impone la pena de nueve años de reclusión menor,

¹⁵⁶ **Art. 552.**- El máximo de la pena establecida en el artículo anterior, se aplicará al responsable si incurre alguna de las siguientes circunstancias: 2o.- Si el robo se ha ejecutado con armas, o por la noche, o en despoblado, o en pandilla, o en caminos o vías públicas;

por haber utilizado armas y actuar en pandilla y en la vía pública, siendo estos hechos agravantes.

7.3.3. El Análisis Económico del Derecho aplicado al caso.

Como ya se analizó, el delincuente tiene una predilección por ciertas horas para delinquir, en el caso en particular fue a las nueve de la noche y en un sitio desolado, comprobándose de que existe un comportamiento específico con el cual el delincuente se siente más seguro violentar, pues de esa manera disminuyen las posibilidades de ser sorprendido.

CAPÍTULO V

RESULTADOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. RESULTADOS.

1.1. RESULTADO DE LA HIPÓTESIS 1:

➤ **Tomando como marco teórico el Análisis Económico del derecho, y como referencia la jurisprudencia ecuatoriana, conocer si los delincuentes tienen una motivación económica para quebrantar la ley**

- De lo expuesto en el presente trabajo, tanto en el marco teórico, como empírico, se deduce que existe racionalidad económica de los delincuentes, pues ellos maximizan beneficios mediante la búsqueda del ilícito “más rentable”, aquel cuyo costo de oportunidad sea menor en comparación de un empleo lícito, pues la incertidumbre de una aprehensión y castigo, debe ser compensada con mayores ganancias. Además busca maximizar sus ganancias asegurando el cometimiento del crimen, estableciendo la hora, lugar y época más apropiada para asegurar las “ganancias”.
- La lógica económica del delincuente es la misma, mas existen diferenciaciones según el tipo de delito:

1. Narcotráfico.- Existe un gran número de detenidos por este tipo de ilícito, esto debido al control riguroso y especial atención en políticas públicas, de lo que se infiere que pese a ser un ilícito con alta probabilidad de ser aprehendido persiste su cometimiento debido a las grandes cantidades de dinero que se manejan en este tipo de “negocio”, por un lado, y por otro es importante el conocer que los modelos económicos de

criminalidad miran a los delincuentes como neutros al riesgo, empero en la vida real quienes delinquen, a sabiendas de que tendrán un castigo riguroso, poseen un comportamiento evidentemente amante al riesgo, eso también se deduce de la corriente criminalista denominada de la peligrosidad (estudiada en el capítulo III).

2. **En contra de la propiedad.**- Dependiendo del tipo de delito se establece la hora en los que son cometidos, por ejemplo en el caso 4, del tercer capítulo, el asalto al Banco fue al medio día, empero existen otros delitos como el robo a casas que son preferiblemente cometidos en la mañana, cuando las personas se encuentran en sus trabajos.

3. **En contra de las personas.**- En este tipo de ilícito se encuentran más arraigados aspectos psicológicos que puramente económicos, sin embargo, existen hechos como los señalados en los casos 5 y 6 en los que el móvil del acometimiento del delito son aspectos pecuniarios. Sin embargo existe evidencia empírica por la cual se demuestra que la mayoría de veces los robos y asesinatos son en la madrugada.

- Además se puede aseverar que existiría una curva de oferta del crimen que se construye a partir de las ganancias promedio del crimen por período, existiendo mayor oferta cuando los “precios” son altos, considerándose como “precios implícitos” la mayor facilidad de conseguir el cometido del delincuente: poca seguridad, escasas probabilidades de ser aprehendido, altas probabilidades de conseguir beneficios por el cometimiento del ilícito, etc.
- Los delitos en contra de la propiedad y narcotráfico, se prestan para delinquir en organizaciones, éstas mantienen una lógica de la “industria” criminal. Cuando consideramos a los criminales como un grupo, como si se tratase de una “industria” la curva de pendiente positiva “de la oferta de crímenes” es aún más fuerte, es decir al aumentar las ganancias del crimen, no solo algunos individuos o empresas, serán inducidos a cometer más crímenes, algunos individuos o empresas adicionales serán inducidos a entrar a la

industria de lo ilegal, suponiendo que no exista monopolios que pongan barreras de entrada a nuevos competidores.

- Como se observó en el capítulo 4, el endurecimiento de las penas por delitos de narcotráfico, con la creación de la Ley de estupefaciente (17 de septiembre de 1990), no ha permitido una disminución de estos ilícitos, al contrario han aumentado (tal como lo muestra la gráfica 17), esto no implica que no exista una racionalidad económica por parte de los narco delincuentes, ellos tienen en frente a un “negocio” más riesgoso, puesto que existe en la actualidad mayor control por parte de la policía, gracias al incremento del gasto público en seguridad, debido a las donaciones hechas por los Estados Unidos, así lo asegura Fernando Carrión en la Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana: “Los recursos de la cooperación internacional dirigidos a la Policía están destinados mayoritariamente hacia tres tipos de ilegalidades: el control del narcotráfico, la detención del terrorismo y la lucha contra la migración irregular (coyoterismo)”. Sin embargo, el Ecuador no es productor ni consumidor de drogas y, posee parcialmente lavado de dinero; en términos de terrorismo ha estado exento desde siempre; y, con respecto al tema migratorio, la Constitución establece el libre tránsito por el territorio nacional, así como la libertad de salir del mismo cuando cualquier ciudadano/a lo estime conveniente.
- Si se comparan los datos de las denuncias de hechos delictivos con las detenciones existentes (mírese el cuadro 3), tenemos una primera gran conclusión: el 61,10 % de las denuncias realizadas por la población son por robos contra la propiedad y sólo el 0,66% por sustancias estupefacientes; no obstante, el 62% de las personas que se encuentran detenidas es por delitos de estupefacientes. Aquí aparece una incongruencia clara, ya que la mayor parte de los delitos “nacionales” no son perseguidos, sino los que demandan los países donantes.
- La segunda gran conclusión es que dichos controles (producto del Plan Colombia, en el cual también está inmerso el Ecuador) no ha hecho sino incrementar las ganancias del narcotráfico y todos sus negocios colaterales, así lo corrobora René Báez, quien manifiesta: “En el terreno estrictamente económico, el Plan busca reforzar las columnas del capital financiero

norteamericano, sustentando la producción y la venta de armas, apuntalando la industria química y mejorando los réditos para Wall Street provenientes del tráfico internacional de drogas naturales”. Esto es un fuerte incentivo para que los individuos elijan, de una manera racional, dedicarse a tal actividad económica ilícita, como bien manifiesta Báez, estar inmerso dentro del “capitalismo mafioso” que mueve de 500 a 600 billones de dólares anuales, equiparable a la producción de petróleo y a la fabricación y comercio de material bélico-militar.

- Y tercero, la intensificación del control de los delitos de narcotráfico ha propiciado el incremento de reos en las cárceles, produciendo hacinamiento por un lado y muchos presos que no tienen recursos para su defensa, por otro.

1.2. RESULTADO DE LA HIPÓTESIS 2:

➤ **Tomando como marco teórico el Análisis Económico del derecho, y como referencia la jurisprudencia ecuatoriana conocer si las decisiones jurídicas expedidas en los tribunales superiores penales tiene un carácter de eficiencia.**

- Las decisiones judiciales estudiadas en este trabajo, establecen que no existe equidad en el pronunciamiento judicial en delitos de narcotráfico, pues las penas son elevadas para individuos cuyo **comportamiento** no es usualmente delictivo, en cambio para las asociaciones ilícitas más organizadas, que pueden contratar mejores abogados (quizá pudieran “comprar justicia”), acelerar los procesos, etc. tienen castigos menos severos.
- Los castigos deben sancionarse según su gravedad, castigos más severos se asignan a los delitos más graves. El narcotráfico, en virtud de lo ya estudiado, es un problema que no compete a nuestro país, porque no somos ni grandes productores, ni grandes consumidores. Por lo tanto, se debe reconsiderar el hecho de sancionar tan severamente con penas tan largas y rigurosas los delitos de narcotráfico, pues esto solamente genera altos gastos públicos.

- Los delitos en contra de las personas y propiedad privada miran castigos rigurosos, consecuentemente las penas son largas, existe mayor número de reos en las cárceles y por ende hacinamiento y crisis carcelaria.
- Lo que el Estado debe propiciar es la disuación al no cometimiento de ilícitos y la reivindicación del reo, y los jueces deben encaminar sus sentencias de conformidad con aquello, empero con penas tan largas y severas, y con un deficiente sistema judicial, en el cual no se pueden dictaminar sentencias con celeridad debido a la gran cantidad de presos, convierte a nuestro sistema de enjuiciamiento en desorganizado e ineficiente.
- No obstante sí es factible la aplicación del Análisis Económico del Derecho a nuestro sistema codificado a través de los jueces y tribunales penales, sea mediante una interpretación vinculante en cada caso, sea mediante la interpretación legislativa que propicie la eficiencia.
- La lentitud del sistema en el pronunciamiento de una sentencia o dictamen se debe además a fallas estructurales, puesto que la función judicial posee muy pocos jueces, conjueces y fiscales llevando gran cantidad de casos.
- El gasto público en seguridad es dirigido al gasto corriente, existiendo poca inversión que permita modernizar el sistema carcelario, consecuentemente este hecho es una de las razones para que exista crisis a nivel penitenciario.
- La reforma al código de procedimiento penal hizo que disminuyera el tiempo de la indagatoria fiscal, los casos cuando pasan a manos de los jueces no los pueden ventilar con celeridad, siendo un hecho más que profundiza el hacinamiento y la crisis carcelaria en nuestro país.

2. CONCLUSIONES:

- El Derecho Penal, además de ser el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder del Estado, y que dichas normas son una correspondencia de la realidad de la sociedad, busca también garantizar y prevenir la seguridad de los individuos. No solamente es de interés del Derecho Penal la sanción e interpretación legal normativa cuyo objetivo sea el mantener el orden público mediante la amenaza de una pena o la efectiva coerción por hechos contrarios a la ley. Es parte del Derecho Penal

determinar la política pública que haga efectiva la seguridad, un método óptimo de posibilitar aquello es mediante la interdisciplinariedad del Derecho con la Economía. La combinación correcta entre certeza y severidad del castigo, instrumentos del Análisis Económico del Derecho, definiría un adecuado gasto público.

- El Análisis Económico del Derecho, pese a que no se lo haya conocido por este nombre, ha sido permanentemente aplicado y estudiado (el criterio del homo economicus es compatible con esta técnica), si bien toma fuerza en los años sesentas, para los economistas neoclásicos (como Bentham), ya era un tema de estudio, cuyos resultados fueron aplicados permanentemente. En la actualidad, nuestro país basa la investigación de los observatorios metropolitanos de seguridad ciudadana en criterios acerca del comportamiento del delincuente.
- El Análisis Económico del Derecho aplicado al ámbito penal es factible en su aplicación siempre y cuando se lo analice como una forma de comportamiento en relación a medios escasos, es decir el delito cuyo proceder es motivado por satisfacer necesidades, no necesariamente toma en cuenta el acto antijurídico per se, no obstante todo acto, típico, antijurídico y culpable puede ser estudiado por el Análisis Económico del Derecho.
- El Derecho, en referencia a la interpretación y aplicación de la ley escrita, no es relativizado cuando se implementa el Análisis Económico del Derecho, pues el derecho puede cumplir con dos funciones al mismo tiempo: promueve el uso eficiente de los recursos a la vez que cumple con la justicia. Una ley justa, puede ser eficiente, y viceversa, en todo caso si existe una ley injusta, es preferible privilegiar la eficiencia, en detrimento con los principios universales de la doctrinal penal anotados en el capítulo primero.
- El momento histórico es el que delinea políticas criminales, en la actualidad el narcotráfico es una prioridad internacional en la cual nuestro país se ve sumido, sin ser este una prioridad nacional, ha permitido el incremento de presos, siendo esto una razón más para la crisis carcelaria.
- La distribución de los recursos refleja una clara tendencia en el sistema de seguridad en Ecuador: está fuertemente orientada hacia el control, pues es justamente en la Policía y en defensa donde se concentran las acciones más

importantes de lucha contra la inseguridad. Lo anterior justifica una alta inversión en recursos humanos de las tres ramas, anteriormente anotada, que componen la seguridad.

- Se crea un trade off entre gasto público dirigido al gasto corriente versus gasto en inversión, con lo cual se deduce que no se puede eliminar completamente la delincuencia, puesto que los recursos son limitados; es decir mediante gasto financiero no es posible eliminar completamente la delincuencia.
- Las violencias tienen una cronología que se diferencia según las horas, los días y las semanas. Es una constante que en la noche haya más actos delictivos que en la mañana, que en los viernes y sábados se incrementen las acciones más violentas y que en ciertas fechas también haya una concentración de los hechos, como ocurre en ciertas fiestas cívicas, religiosas o deportivas. Además hay que tener en cuenta que hay violencias que se desarrollan de manera exclusiva en ciertas fechas: por ejemplo, las que tienen lugar con el cambio de año o en el carnaval.

3. RECOMENDACIONES:

- La implementación de políticas inspiradas en la racionalidad del delincuente, deben ser coordinadas por los sectores encargados de la seguridad social: judicial, asuntos internos y defensa, para que exista una combinación eficiente entre certeza, disuasión y grado de severidad del castigo; esta es la manera con la cual el Análisis Económico del Derecho es un aporte para la sociedad.
- Se debe considerar como fuentes del Derecho penal, además de la ley codificada, aquellas que permiten desarrollar el Análisis Económico del Derecho: tanto la doctrina, como la jurisprudencia.
- La primera porque los criterios de los juristas deben ser considerados en la creación e interpretación de la ley, pues de esa manera la norma acogería métodos menos ortodoxos, pero útiles como es el caso del estudio de la Economía aplicada al Derecho.

- La segunda fuente propuesta a ser considerada en nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia, debe ser aplicada en combinación con la ley escrita, pues al aplicar sólo la ley se está anquilosando la realidad social, resulta complicado que la norma a través de las leyes mantengan permanente su actualidad frente a los cambios sociales, en cambio la jurisprudencia es una manifestación de los hechos actuales y son una base para la interpretación de casos similares. Con la implementación de estas dos fuentes sería más factible dar eficiencia al ordenamiento jurídico ecuatoriano desde la perspectiva económica.
- El Derecho en general, debe considerar la posibilidad de relacionar su objeto de estudio con la Economía, pues esta última ciencia al poseer instrumentos y técnicas más precisas permitiría dar mejores criterios de aplicación de la normatividad a la vida real, criterios que no serían necesariamente contrarios a los preceptos universales del Derecho. A su vez, se debe considerar categorías jurídicas penales nuevas en nuestro código penal, como es el caso de la peligrosidad, pues de esta manera se juzgaría a los reos no exclusivamente por sus actos, es decir por los resultados, sino también por su COMPORTAMIENTO. Al juzgar al reo también por sus antecedentes y su estado de necesidad, se propiciaría tener una visión también económica de la realidad del delincuente; con esto se estaría dando una adecuada prescripción de la ley basada en criterios de eficiencia.
- Se debe solucionar el caso del hacinamiento penitenciario mediante la creación de nuevos centros carcelarios, para lo cual el Estado debe asumir esta inversión, además de contratar más fiscales y jueces de oficio que permita aumentar el número de sobreseimientos sean provisionales o definitivos.

BIBLIOGRAFÍA:

1. BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- ❖ Albán Gómez, Ernesto, **Manual de Derecho penal ecuatoriano**, parte general, Ediciones legales, Quito-Ecuador, primera edición 2005
- ❖ Arriagada Irma y Lorena Godoy, **Seguridad ciudadana y violencia en América Latina, diagnóstico y políticas en los años noventa**, CEPAL 1999, división de Desarrollo Social, Serie Sociales No. 32.
- ❖ Báez, René, **Ecuador escala la guerra colombiana**. International writers associations. Quito, 2005.
- ❖ Becker Gary, **Crime and Punishment: An Economic approach**, en Journal of Political Economy, vol. 76, número 3, 1968.
- ❖ Bentham, Jeremy, **Tratados de Legislación Civil y Penal**, Editora Nacional, Madrid, 1981.
- ❖ Bentham, Jeremy. **La psicología del hombre económico**, en Escritos económicos, Fondo de cultura Económica, México 1965.
- ❖ Boletín Estadístico 2004-2005, Dirección Nacional de Rehabilitación Social.
- ❖ Boletines del Observatorio Metropolitano de seguridad ciudadana, 2005 y 2006.
- ❖ Calero, Carla, **Política Presupuestaria y Gestión de Recursos Económicos del Sistema Penitenciario Ecuatoriano**, FLACSO sede Ecuador, Quito, 2006.
- ❖ Carrión, Fernando, **Seguridad ciudadana**, FLACSO sede Ecuador, Quito 2002.
- ❖ Cossío, Díaz José Ramón, **Derecho y Análisis Económico**, Fondo de Cultura Económica, México 1997.
- ❖ Diario El Comercio, **La lucha contra el narcotráfico abarrotó las cárceles del país**, Domingo 8 de julio del 2007, sección judicial.
- ❖ Erling Eide, University of Oslo, en Encyclopedia of law and Economics, 1999, PP. 353.
- ❖ Eslava, Luís Fernando, **Aproximación metodológica al análisis económico del Derecho**, Colección Enrique Law Murtra, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Octubre del 2003.

- ❖ Fernández, Bajo Miguel, **Derecho Penal Económico**, Editorial Cívitas, Madrid 1978.
- ❖ **Gacetas Judiciales:**
 - GACETA JUDICIAL No. 3, de Mayo a Agosto de 2000, décimo séptima serie, pp. 705.
 - GACETA JUDICIAL No. 4, de septiembre-diciembre de 2001, décimo séptima serie, pp. 1015.
 - GACETA JUDICIAL No. 5, de Enero a Abril de 1996, décimo quinta serie, pp. 1237
 - GACETA JUDICIAL No. 6, de Enero a Abril de 2001, décimo séptima serie, pp. 1663.
 - GACETA JUDICIAL No. 6, de mayo-agosto de 2001, décimo séptima serie, pp. 1627.
 - GACETA JUDICIAL No. 8, de Enero a Abril de 2004, décimo cuarta serie, pp. 4669.
- ❖ Gianluca Fiorentini **Organized crime and illegal markets Dipartimento di Scienze Economiche**, Università di Bologna, en Encyclopedia of law and Economics, 1999.
- ❖ González Bullard, Alfredo, **Derecho y Economía**, Palestra Editores, Lima, 2003.
- ❖ Gutiérrez Prieto, Hernando, **El análisis económico del Derecho: perspectivas para el desarrollo del derecho económico**, en Universitas, No. 100, Bogotá, Universidad Javeriana, 2000.
- ❖ Jiménez de Asúa, Luis, **Introducción al Derecho penal**, volumen 1, Editorial Jurídica Universitaria, S.A. México 2002.
- ❖ Korhauser, Lewis, **El análisis económico del Derecho: las normas legales como incentivo**. Fondo de Cultura Económica, México 1997.
- ❖ **LEYES:**
 - Código de Procedimiento Penal (R.O. 360-S, 13-I-2000).
 - Código de Procedimiento Penal (R.O. 511, 10-VI-83).
 - Código Penal.
 - Constitución de la República.
- ❖ Mercado Pacheco, Pedro. **El Análisis Económico del Derecho**, una reconstrucción teórica, Editorial centro de estudios constitucionales. Madrid 1994.
- ❖ Mitchell Polinsky, and Steven Shavell, **Public enforcement of law, Harvard University** 1999, en Encyclopedia of law and Economics.
- ❖ Monroy Cabra, Marco Gerardo, **Introducción al Derecho**, Bogotá, Colombia, Editorial Temis S.A, Novena edición, 1994.
- ❖ Nino, Carlos Santiago, **Introducción al análisis del derecho**, Editorial Astrea, Buenos Aires 1982.
- ❖ Núñez, Antonio José, **Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico del Derecho**, en la Colección de Derecho económico, Universidad externado de Colombia, Bogotá 2005.
- ❖ Pavón Parra, Pedro, **Manual de Derecho Penal**, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, sexta edición 2003.
- ❖ Polany Karl, **La gran transformación. Crítica del liberalismo económico**. Ediciones La Piqueta, Madrid, 1989.
- ❖ Posada Posada, Carlos Esteban, **Modelos económicos de la criminalidad y la posibilidad de una dinámica prolongada**, Departamento Nacional de planeación, unidad de análisis macroeconómico. Bogotá, Colombia, 1994.

- ❖ Posner, Richard, **El Análisis Económico del Derecho**, Editorial Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1998.
- ❖ **Revista Ciudad Segura número 1**, enero del 2006, pp.6. FLACSO sede Ecuador, Quito.
- ❖ **Revista Ciudad Segura número 11**, noviembre del 2006. FLACSO sede Ecuador, Quito.
- ❖ **Revista Ciudad Segura número 8**, agosto del 2006, pp.8. FLACSO sede Ecuador, Quito.
- ❖ **Revista Ciudad Segura número 5**, mayo del 2006, pp.8. FLACSO sede Ecuador, Quito.
- ❖ **Revista Ciudad Segura, número 14**, febrero del 2007, estudios sobre la ciudad. FLACSO sede Ecuador, Quito.
- ❖ **Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana**, estudios de la ciudad, FLACSO, sede Ecuador, mayo del 2007.
- ❖ Robbins, Lionel, **Ensayo sobre la naturaleza y significación de la Ciencia económica**. México, Fondo de Cultura Económica, 1951
- ❖ Robert Cooter y Thomas Ullen, **Derecho y Economía**, Editorial Fondo de Cultura Económica 1999.
- ❖ Roemer Andrés, **Economía del Crimen**, Editorial Limusa S.A., 2005, México, grupo Noriega Editores.
- ❖ Roemer, Andrés, **Compilación del Análisis Económico del Derecho**, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 2000.
- ❖ Salgado Hernán, **Lecciones de introducción al Derecho**, Cuaderno Jurídico, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, AED, Quito, 1992.
- ❖ Simón Hurtado, **Teoría de la culpa**, tesis, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1998.
- ❖ Walras, León, **Elementos de economía política pura**, Alianza, Madrid.1988.
- ❖ Williamson, Oliver. **Las instituciones económicas del capitalismo**, México, Fondo de Cultura Económica 1989.

2. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ❖ Donoso, Arturo, **Derecho penal, parte especial, Delitos contra las personas**, Jurídica Cevallos, Primera edición, Quito 2005.
- ❖ Zabala Baquerizo, Jorge, **Delitos contra la propiedad**, tomo 1. Editorial Edino, Guayaquil 1988.
- ❖ Tommasi Mariano, **Economía y sociedad**, Cambridge University Press, Madrid 2002.
- ❖ Páginas web:
 - <http://www.banrep.gov.co/documentos/presentaciones-discursos/pdf/El-neoinstitucionalismo-como-escuelaFinal3.pdf>
 - <http://www.eumed.net/cursecon/textos/buchanan-elecc-publica.htm>