

Escuela de Estudios Políticos y Administrativos

Alcances y limitaciones de la ley penal

en la lucha contra la corrupción

Humberto Njaim

Universidad Central de Venezuela
Instituto de Estudios Políticos

SUMARIO

1. Los círculos de prevención de la corrupción y el residuo no prevenible. 2. Prevención de la corrupción a través de la ley penal: razones y limitaciones. 2.1. Concentración de la política pública en el cuarto círculo; 2.2. Aplicación del enfoque económico: cálculo del delincuente y cálculo, en su contra, del sistema penal; 2.3. Importancia de la probabilidad de sanción y de las actitudes ante el riesgo; 2.4. Repercusiones en la administración de justicia. 3. Otras consecuencias de política pública. 3.1. El impacto de la legislación (22); 3.2. Principios correctos en cuanto a las penas (22); 3.3. Penas de carácter económico (26); 3.4. La objeción sobre las consecuencias inequitativas del sistema (28); 3.5. La no conmutación de las penas entre sí (29); 3.6. Otra cara del asunto: un sistema de premios (30); 3.7. El control de los programas anticorrupción (33). Anexo. Comparación entre pena de privación de libertad y pena monetaria.

1. LOS CIRCULOS DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN Y EL RESIDUO NO PREVENIBLE

Si algo puede decirse de la lucha contra la corrupción, es que resulta una tarea particularmente compleja. Para realizarla es preciso alterar, a diferentes niveles, la ecuación de costos y beneficios que la favorece. Estos niveles constituirían entonces otros tantos círculos de defensa contra la corrupción. La posibilidad y necesidad de actuar simultáneamente en cada uno de ellos es una de las características que define la complejidad de la tarea.

En un primer círculo que opera en los individuos, los costos de oportunidad y los costos a desembolsar por la conducta delictiva podrían ser tales que ésta resultara desincentivada. En el caso de los funcionarios, por ejemplo, habría elevados costos de oportunidad cuando éstos disfrutaran de buenas remuneraciones o de estabilidad en sus cargos. En

NOTA: Este texto es una adaptación del capítulo V de una obra sobre la corrupción como un problema de política pública. Fue presentado como ponencia para la Conferencia Mundial de la Asociación Internacional de Sociología celebrada en Caracas a comienzos de julio de 1989. La presente es una versión ampliada y corregida de dicha ponencia.

el caso de los sobornadores éstos pueden encontrarse enfrentados con un nivel tan alto de ética de la clase administrativa o de la política que para siquiera poder conmovérselo se necesitarán unas ofertas dinerarias demasiado elevadas.

En un segundo círculo la actuación del Estado limitada a la producción de verdaderos bienes públicos e ilustrada por una experiencia ya secular en cuanto a las limitaciones y riesgos de la acción destinada a generarlos puede descartar, de entrada, numerosos caldos de cultivo de la corrupción.

En un tercer círculo la sociedad puede haber llegado a desarrollar elementos de objetivación tales, que los flujos de información sobre las capacidades y aptitudes en ella existentes no sufran obstáculos y distorsiones que hagan necesario recurrir a medios clientelísticos y similares, igualmente propiciadores de formas de corrupción.

La actuación en cada uno de tales ámbitos se emprende por razones que van más allá del simple combate contra la corrupción. Crear una burocracia de alto nivel profesional y ético y lograr que rijan criterios impersonales y objetivos de asignación de recursos es sentar las condiciones para la existencia real del Estado. Por lo tanto, en forma positiva, indirecta y por añadidura se reducirían los fenómenos corruptos y esto es la mejor forma de prevención que pueda concebirse.

Pese sin embargo, a elementos tan favorables siempre quedaría un residuo ineliminable de corrupción si se la considera como un fenómeno de influencia que, estando al servicio de los designios del poder, se hace inmune a cualquier ataque durante mucho tiempo. Por otro lado, nunca se podrá evitar el papel que juega el conocimiento y trato inmediato para resolver acuciantes problemas de confianza e información y que es tan importante en asuntos como el clientelismo, el nepotismo y otros similares. Estos y otros factores constituyen fuentes de transgresión cuya extirpación completa requeriría un consumo excesivo e inviable de recursos.

El cuarto círculo de defensa pareciera entonces consistir en que, existiendo tales residuos y consumándose, pese a todo, las conductas corruptas éstas fueran castigadas. La realización de esto cumpliría a su vez funciones preventivas en cuanto que sería un disuasivo y por lo tanto un costo más a ser considerado por quienes se sientan tentados a delinquir. Así, los tres círculos anteriores se refieren a un sentido de prevención que alude a impedir las ocasiones para que se produzca la corrupción, mientras que al miedo que hace que no se cumplan las intenciones aunque se dé la ocasión, este último.

En la práctica, las cosas no pueden funcionar completamente de tal manera. Las ocasiones de tentación no están sistemáticamente expurgadas y el miedo debe abarcar más zonas de las que quizá pueda nunca controlar. Las leyes penales deben ser aplicadas a reprimir, lo cual, a su vez, puede servir de advertencia para futuros violadores. En términos de política pública sería de desear, sin embargo, que hubiera algún funcionamiento coordinado entre los cuatro círculos en el sentido de que algo se hiciera en los tres primeros y no todo se dejara al cuarto.

2. PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN A TRAVÉS DE LA LEY PENAL: RAZONES Y LIMITACIONES

2.1. *Concentración de la política pública en el cuarto círculo*

La realidad muestra, muchas veces por el contrario, estar muy lejos de tal *desideratum* que pudiera considerarse alcanzable. En efecto, poco se hace en los tres primeros círculos de defensa y todo se concentra en el cuarto, donde se cifran tales expectativas y al cual se le da tal alcance que ello no puede menos que conducir a una frustración.

La llamada función preventiva de la ley penal queda así exacerbada en el sentido de que se convierte en un curioso impedimento para la prevención propiamente dicha. Pero para agravar la situación ocurre también que la disuasión está fundada más en la severidad de las penas que en su efectiva aplicación.

Esto que puede parecer desconcertante a primera vista, tiene sin embargo su explicación en la lógica de determinadas situaciones en las cuales no es mucho lo que se puede hacer para suprimir los incentivos al delito o, incluso, lograr altos porcentajes de aplicación de las sanciones. Una de estas situaciones se da cuando el nivel de desarrollo de una sociedad no permite alcanzar cotas elevadas en ambos aspectos o cuando se llega a un grado tan extremo de regulación de la vida social que se multiplican las evasiones y ante esto, se reacciona multiplicando las amenazas de penalidades.¹

1. En este sentido resulta significativo comparar las circunstancias contra las cuales reacciona el padre del moderno derecho penal, Cesare Beccaria —cuya obra *De los delitos y de las penas* usaré repetidas veces a lo largo de este trabajo— con mucho de lo que ocurre en la actualidad: "La monarquía incurrió siempre en un exceso de leyes penales. Al querer intervenir en muchos campos nuevos de la vida social, hasta entonces no controlados por leyes de más débil poder, los monarcas se vieron obligados a respaldar sus preceptos —casi todos ellos— con sanciones penales nada suaves, por cierto. Tanto si se trataba de combatir ciertos juegos de azar como de regular la calidad y hechura de tejidos a fabricar, o de autorizar determinados actos y objetos lujosos y prohibir otros, la pena (destierro, fuertes penas pecunia-

La teoría de las decisiones² ha desarrollado modelos que nos permiten comprender la función de penas elevadas cuando su probabilidad de aplicación es escasa. En efecto, si se considera al decisor —y en este caso el delincuente lo es como cualquier otro— como un personaje neutral ante el riesgo, éste tomará su resolución teniendo en cuenta cuál sería el resultado promedio de su acción si la emprendiera muchas veces: un éxito o un fracaso, un balance negativo o un balance positivo. Ahora bien, tal resultado promedio está en función de la pérdida o ganancia y de la probabilidad que ésta se produzca. Así una pena consistente, por ejemplo, en una multa por 10.000,00 bolívares no puede considerarse exclusivamente en su valor absoluto, sino que tiene que multiplicarse por la probabilidad de que se aplique, lo cual produce un efecto de descuento o disminución de la misma. Si suponemos que tal probabilidad es del diez por ciento, tenemos entonces que

$$\text{Bs. } 10.000,00 \times 0,1 = \text{Bs. } 1.000,00$$

Por consiguiente lo que toma en cuenta el potencial delincuente neutral ante el riesgo no es el monto de 10.000,00 bolívares sino el de 1.000,00 bolívares. Se comprende entonces que mientras un sistema represivo sea más incierto en su aplicación tanto más severo y hasta draconiano tenga que ser en sus penas. Continuando con el ejemplo planteado, para poder obtener un monto real de 10.000,00 bolívares como pena esperada, habría que establecer si la probabilidad de aplicación es sólo del 10 por ciento, una multa de 100.000,00 bolívares o mayor si la probabilidad es todavía menor. A la luz de este modelo resulta completamente actual Beccaria cuando afirma que:

rias, penas corporales y aflictivas) era el mecanismo utilizado como medio para hacerse obedecer". Francisco Tomás y Valiente. Introducción a la edición por Aguilar, 1969, del citado libro de Beccaria. (Reimpreso: Barcelona. Ediciones Orbis, 1984, p. 17).

Suscita un renovado interés en la obra de Beccaria considerarla, como lo hace Becker, desde la perspectiva económica viéndola, como un antecedente en la aplicación de tal enfoque al estudio del delito y el adecuado tratamiento del mismo. Que Beccaria, como buen ilustrado, no fuera ajeno a los estudios económicos propiamente dichos lo revela un pequeño libro *Elementi di economia pubblica* que junto con algunas de las primeras ediciones de su obra fundamental todavía subsiste en la Biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central. Esto ayudaría, de paso, a contrarrestar cierta subestimación de este autor a la cual conduce el considerarlo solamente como un pensador humanitario cuyo punto de vista pudo haber sido compartido o precedido por el de muchos otros (así Jiménez de Asúa en *La ley y el delito*, prácticamente se limita a decir de él que fue un funcionario abúlico y que su obra podría haber sido un plagio, pp. 84-85 de la 11ª edición. Buenos Aires. Editorial Sudamericana. 1980).

2. Para todo esto véase el capítulo 12 sobre análisis decisional en Stokey y Zeckhauser. *A primer for policy analysis*. (New York. W. W. Norton. 1978).

Uno de los mayores frenos de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad y, por consecuencia la vigilancia de los magistrados y la severidad de un juez inexorable, que para su virtud útil debe ir acompañada de una suave legislación. La certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, pero unido a la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque mínimos, cuando son ciertos, atemorizan siempre los ánimos humanos, mientras que la esperanza, don celestial que a menudo sustituye todo en nosotros, aleja siempre la idea de los mayores males, y más aún cuando la impunidad que la avaricia y la debilidad conceden frecuentemente, aumenta su fuerza.³

De todo esto se colige también que cuando no se puede reformar una ley penal, que en el fondo se considera excesivamente severa, uno de los medios para atenuarla puede ser disminuir de hecho, la probabilidad de su aplicación.

Ante esta práctica laxa los legisladores, que sí pueden manipular las penas establecidas, reaccionarán muchas veces extremándolas, con lo cual resulta de la concurrencia de ambas fuerzas, que se maneja un concepto paradójico de prevención donde lo que está destinado a castigar lo ya realizado ni siquiera tenga que ser empleado porque impide que se realice. Sin embargo, como han mostrado los mismos penalistas para que esto ocurriera, la pena tendría que ser tan aterradora que se crearía un problema si hubiera que aplicarla.⁴ Esta paradoja suele justificarse con la célebre frase de Séneca según la cual no se castiga porque se ha pecado (*quia peccatum*), sino para que no se peque (*ne peccetur*).⁵ Sin embargo, parece a veces perderse de vista en muchos de los que la citan, que esta frase supone que algún castigo se ha aplicado y no que ni siquiera tenga que aplicarse.⁶

Por otra parte, como las penas extremas no representan una gran diferencia de costos en comparación con las menores, se recurre más fácilmente a las mismas que a una modificación adecuada de las que

3. Beccaria, *obí cit.*, p. 82.

4. "...violaciones leves pueden ser castigadas con penas graves y desproporcionadas... puede conducir al terrorismo penal... actuar como un estupefaciente que hace insensible a la pena misma...; en su lógica se llegaría a la pena de muerte para toda violación". Giuseppe Bettiol. *Diritto Penale. Parte Generale*. (Padova. Cedam. 8ª edición, p. 700).

5. "*Nam ut plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*". De Ira. I, 19.

6. El sentido de la prevención como aquel según el cual su mayor éxito sea el que no tenga que aplicarse si parece más pertinente en la guerra contemporánea, al menos entre grandes potencias.

se consideran insuficientes. Así, expropiar todo el patrimonio de alguien no sería mucho más caro que aplicarle una multa moderada, y en cuanto a las instalaciones carcelarias éstas lo mismo pueden albergar condenados a penas severas como a leves.⁷

Todos estos aspectos contribuyen a que la vida de menor resistencia para enfrentar el problema de la corrupción sea dictar leyes, sin hacer nada o haciendo muy poco en las otras áreas. Se termina así con que en lugar de haber diversos programas anticorrupción que son complementados por el programa legal, sólo existe este último cuyas funciones no se limitan a las que le son propias, sino también a suplir la ausencia de los otros programas. Esto, además de los problemas señalados, implica otras dificultades que serán precisadas a continuación.

2.2. *Aplicación del enfoque económico: cálculo del delincuente y cálculo en su contra del sistema penal*

Para comprenderlas será preciso detenerse un tanto en la concepción del delito que se obtiene utilizando ideas económicas, tal como está plasmada en un importante y pionero trabajo de Gary S. Becker, sobre enfoque económico del mismo y de la pena.⁸ Según esta concepción el delito no es un comportamiento irracional sino que también responde a los criterios de racionalidad. No es mi pretensión examinar la pertinencia de tal hipótesis para todos los tipos de actos delincuenciales y preconizarla de una manera global. No entro a discutir, por consiguiente, la consecuencia que de ella deriva y según la cual para entender el delito no hay que postular una conducta especial (la conducta anómica), que respondería a principios diferentes de la racional, y que, por otra parte, la herencia y los problemas psicológicos sólo serían casos particulares que no alterarían la lógica racional predominante. En cuanto a mis objetivos, basta con que dicha hipótesis resulte especialmente aplicable a los fenómenos de corrupción, donde no se podrá

7. George J. Stigler: *The optimum enforcement of laws*. En Gary S. Becker y William M. Landes (editores). *Essays in the economics of crime and punishment*. (New York y Londres. Columbia University Press, 1974).

8. "Crime and punishment: An economic approach". *The economic approach to human behavior*. (Chicago y Londres. The University of Chicago Press, 1976, pp. 39-114). Hacer justicia a la influencia de este estudio en las elaboraciones que presento hubiera requerido una multiplicación inmoderada de las notas. En buena parte este artículo no es sino una divulgación del mismo la cual se dificulta, en medios diferentes a los de los economistas, por su grado de formalización matemática. De él he tomado también la revalorización, desde este punto de vista, del pensamiento de Beccaria. Sirva, pues, esta advertencia para reconocer mi deuda con Becker y con los otros autores de su orientación citados aquí por mí.

negar que el elemento de cálculo es decisivo. Estos ocurrirán, por lo tanto, cuando el delincuente potencial llegue a la conclusión de que los beneficios de sus actos superan a sus costos.

Si tal es el cálculo del delincuente, el del sistema dirigido en su contra será crear una situación en la cual los costos del delito para el delincuente superen sus eventuales beneficios. Pero esta actividad, a su vez, no es gratuita; consume recursos escasos e implica sus propios costos y beneficios. Particularmente, en lo que se refiere a la política pública contra la corrupción, ello tiene la consecuencia de que pretender eliminarla por completo no puede ser un objetivo realista y, por lo tanto, se trata, como ante cualquier problema de asignación de recursos, de optimizar el uso de los mismos y no agotarlos en un solo fin exclusivo en desmedro de otros muy importantes que también se persiguen.

Estos asertos generales requieren una enumeración específica de tales costos y beneficios, tanto desde el punto de vista del delincuente como del sistema represivo, los cuales serán tenidos en cuenta en los respectivos cálculos de cada una de estas partes.⁹

En el del delincuente, para cometer el delito, entran a jugar un papel, desde luego:

i. Los costos directos en los cuales incurren los transgresores. En el caso de los ladrones por ejemplo, los gastos en herramientas para penetrar en los recintos, violar cerraduras, etc. En la corrupción específicamente, son muy importantes los desembolsos que tienen que efectuarse a fin de obtener información privilegiada a la cual sólo tienen acceso las altas esferas políticas y administrativas.¹⁰

ii. Los costos de oportunidad ya mencionados cuando hablé *supra* del primer círculo de prevención de la corrupción y que no sólo se

9. Johnston critica que el malefactor reconozca los mismos costos y beneficios que quienes dictan la ley. Sin embargo, me parece que el modelo no requiere una perfecta simetría entre ambos cálculos y que para validarlo basta con que éstos existan y de alguna manera se influencien recíprocamente. (*With a little help from my friends: Corruption and public policy in America*. Pittsburgh. University of Pittsburgh. Department of Political Science. [Edición interna]. Capítulo VI: The dilemmas of reform, p. 6).

10. Un ejemplo de esto es el conocimiento anticipado de las decisiones sobre el valor de la moneda. Otro, referido esta vez al aprovechamiento directo por parte de quien detenta la posición, es lo que un personaje de la política estadounidense de comienzos de siglo llamaba *honest graft* (algo así como "enriquecimiento ilícito honesto"); enterarse de que se va a realizar un proyecto de obras públicas y comprar los terrenos circundantes para aprovechar su valorización. (William L. Riordon. *Plunkitt of Tammany Hall. A series of very plain talks on very practical politics*. New York. E. P. Dutton, 1963 [1903], p. 3).

refieren a los funcionarios públicos, sino que afectan también a todas las personas.

iii. Los costos esperados de la pena que representa un factor de incertidumbre compuesto, como quedó explicado anteriormente, por la magnitud de la pena y la probabilidad de su aplicación. Dentro de la magnitud de la pena es importante incluir aspectos que son mensurables económicamente; en el caso de las de privación de libertad, el *lucrum cessans* y, en todas ellas, la pérdida de ingresos por los efectos de estigma que puedan acarrear.

iv. Los beneficios, tanto tangibles como intangibles, derivados del acto corrupto y convenientemente descontados, pues han de obtenerse en el futuro. Este factor de descuento, relativo al transcurso del tiempo, no debe confundirse con el factor de incertidumbre sobre lo que ocurrirá en ese transcurso.

En el cálculo de la sociedad para reprimir al delincuente, y eventualmente disuadir al que lo es en ciernes, jugarían un papel las siguientes consideraciones:

i. Los costos causados a las víctimas que representan costos sociales, pues el Estado ha asumido como tal la función de protegerlas.

ii. Los costos directos de las penas, en el caso de las de privación de libertad, se requiere construir cárceles, mantener a los reclusos, pagar cuerpos de vigilancia, etc., en el de las multas estos costos serían mínimos en cuanto a que fundamentalmente se reducen a los de cobrarlas.

iii. Los costos de oportunidad que significa el empleo de los recursos del presupuesto público en la aplicación de las penas dentro de lo cual entra por ejemplo lo necesario para las instalaciones que requieren los niveles y magnitudes de las establecidas.

iv. También, desde el punto de vista de las funciones de autoridad general que el Estado desempeña, es necesario considerar los daños que el sistema de penas causa a los delincuentes; esto tiene dos vertientes:

-Una es, desde luego, la humanitaria que opera no sólo en el sentido de eliminar las atroces o irreversibles y facilitar la rehabilitación sino que también se expresa en todas las cautelas con que los sistemas procesales penales tratan de garantizar que efectivamente sean los culpables quienes resulten convictos y no castigar a inocentes.¹¹

11. En este sentido suele decirse, con frecuencia, que es preferible que un culpable

—Otra es la económica, que enfoca el asunto de los perjuicios causados por las penas como un peso muerto (*deadweight loss*) si tales perjuicios no se traducen por compensación en un beneficio para alguien, sino sólo en un daño para el delincuente. Para comprender esto resulta esclarecedor el ejemplo del tiempo que la gente transcurre en colas. Los inconvenientes que éstas acarrearán son costos que no se traducen en una mejor calidad del objeto o en un mejor servicio prestado. Representan por el contrario, un peso muerto, una desutilidad neta que ha de reputarse también como un costo social. Las penas atroces e incluso las actuales de privación de la libertad, aun las más benignas tienen por naturaleza tal característica. En cambio en las pecuniarias se puede establecer una equivalencia entre el perjuicio que sufre el delincuente y la compensación que recibe la sociedad,¹² quedando como costos no directamente transferibles los de su recolección.

v. Los beneficios sociales del delito y cuya supresión o disminución debe evaluarse entonces como costos. Esta formulación resulta paradójica y chocante. Probablemente en el caso de la mayor parte de los delitos tales ganancias sociales sean, como dice Stigler,¹³ demasiado infrecuentes, pequeñas y caprichosas, pero ocurre precisamente que la corrupción es el delito mandevilliano por excelencia y he señalado abun-

resulte absuelto a que un inocente condenado, "...todo criterio de aproximación sería verdaderamente deplorable".

El *non liquet* de los romanos; el *indubio pro reo* de tiempos más recientes; el principio liberal, "mejor cien delincuentes en libertad que un inocente en la cárcel" deben constituir la gran directiva del juez, sabiendo que si es un producto inevitable de la imperfección de los instrumentos humanos de conocimiento es más aún un hecho de tal gravedad como para ser conjurado por todos los medios". Giovane Leone, *Trattato di Diritto Processuale Penale* (Nápoles. Editorial Eugenio Jovene, 1961, vol. II, p. 168).

12. Muchos juristas no compartirían esta idea del "peso muerto". Así, el mismo Bettiol ya citado (*Diritto Penale. Parte generale*) sostiene que el fundamento de la pena es la retribución (o sea el *quia peccatum*), pues el mal consumado postula la inflicción de un castigo proporcionado a la gravedad del maleficio y tiene un fundamento ético basado en la libertad y responsabilidad del hombre (p. 705). La contraposición se ve muy clara en la siguiente frase de Binding: "La pena debe causar una herida, mientras que la reparación debe curar otra, si es posible, sin causar una segunda" (*apud* Isidro De Miguel Pérez, *Derecho Penal. Principios Generales*. Caracas. UCV, 1981, p. 436). Esta concepción se considera, incluso, como una manifestación más avanzada de progreso, pues la antigüedad los pueblos habrían confundido la pena y el resarcimiento con la reparación (De Miguel, *ibidem*). Es interesante, sin embargo, que considere que hay, después de todo, quien se beneficia... ¡el mismo condenado...! por la oportunidad de redención que le da la pena; si se tiene en cuenta la destructora y terrible realidad de las prisiones, esto podría tomarse como un sarcasmo. Así, Carnelutti reconoce que tal idea implica una versión optimista del derecho, pues se refiere más al derecho que debiera ser que al derecho que es. Véase, por ejemplo, *Arte del derecho. (Seis meditaciones sobre el derecho)* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p. 99).
13. "The optimum enforcement...".

dantemente en los capítulos anteriores cómo numerosos actores sociales, de una u otra forma, la consideran conveniente.

vi. Todos estos aspectos van a influir sobre el nivel de la pena y de su probabilidad de aplicación. En lo que se refiere al sistema represivo, éste tomará como una imagen invertida todo aquello que el delincuente evalúa como potenciales perjuicios: no sólo la pena en sí misma, sino también sus efectos de *lucrum cessans* y de estigma.

Esto último puede parecer excesivo, pero si se examinan algunas leyes contra determinados delitos y la forma como está orientado su sistema de penas, no cabe duda que la voluntad de estigmatización ha jugado un papel importante en su establecimiento. En los de corrupción tenemos una variedad cuyas consecuencias son generales y no relativamente delimitadas; se extienden más allá de una o un grupo de víctimas específicas en una forma muy difusa como en la pequeña, o de un gran impacto social como en la gran corrupción. Por otra parte, en un régimen político se puede evaluar que la inflexible extirpación de todas sus formas constituye un supuesto fundamental de su legitimidad.

Estos factores influyen para que se considere que en cuanto a tales delitos deberían establecerse escarmientos ejemplares. Muchas veces quienes se muestran partidarios de eliminar la pena de muerte juegan con la idea de que para la corrupción quizás debería establecerse o en todo caso, evocan nostálgicamente épocas o sistemas en los cuales esto fue posible.¹⁴ Sin embargo, como esto sería demasiado inconsistente y contradictorio con los principios rectores del sistema penal vigente, todo aquello que contribuya a hacer más execrables a este tipo de delinquentes o más gravosa su condición, sin llegar al último extremo, aparece como un buen sustituto. Se trataría entonces, de lograr si no la muerte física del corrupto, al menos la moral.

En todo caso la probabilidad de aplicación es la variable decisiva a la hora de querer amortiguar un sistema represivo que se considera en la práctica excesivamente severo y disfuncional. Asimismo, de hacer más estricto otro de menor severidad. Especialmente influye en el grado de probabilidad la magnitud de las asignaturas presupuestarias a la persecución y sanción de los delitos.

14. Véase, a este respecto, Humberto Njaim. "Antecedentes de la lucha contra la corrupción como un problema de política pública". *Revista venezolana de ciencia política*. (1988, 2:205-260).

2.3. *Importancia de la probabilidad de sanción y de las actitudes ante el riesgo*

El enfoque teórico que estoy utilizando sugiere, pues, fuertemente que la alta probabilidad de aplicación de las sanciones previstas contra el delito es un elemento fundamental de la disuasión y no sólo la magnitud de las penas. De la misma forma que cuando la disuasión se fundamenta sólo en esto último se descuidan o subestiman las consideraciones de costos que deberían tenerse en cuenta cuidadosamente en el proceso de establecer nuevos instrumentos sancionatorios. Por una parte, en efecto, todo se ve en función del aumento de costos para los delincuentes, y por otra, se cae en la ya mencionada tentación de estimar que no hay mayor dificultad en aplicar una pena más severa, pues ya están constituidos los aparatos institucionales que lo mismo sirven para éstas que para las menores. En uno u otro caso se pasa por alto la cuestión de las probabilidades.

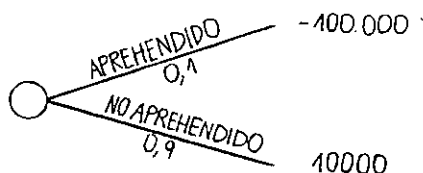
Tal cuestión he comenzado ya a tratarla al hablar anteriormente de cómo el grado de probabilidad relativiza la magnitud de la pena. Sin embargo, esto puede ser profundizado todavía más teniendo en cuenta que la neutralidad es sólo una de las tres actitudes ante el riesgo que la teoría de las decisiones ha contribuido a precisar. Las otras dos son las de aversión o propensión al mismo. Especialmente esta última tiene una importancia decisiva para los delitos de corrupción.

Una manera de explicar esto es decir que quien es adverso al riesgo se fija en una situación de incertidumbre, más en lo que puede perder que en lo que ganar, mientras que por el contrario, más en lo que puede ganar que en lo perder, el propenso o favorable.

Esto significa que se introduce un elemento subjetivo configurado por las actitudes descritas, en lo que de otra manera sería un puro cálculo estadístico, basado en el resultado promedio esperado de repetir la acción un gran número de veces. Así una determinada expectativa de ganancia atractiva para un neutral al riesgo, alguien adverso podría considerarla como no suficientemente alentadora para emprender la acción. ¿Por qué? Porque para él lo que cuenta no es el resultado promedio sino el que, en un único intento, puede perder y a esta pérdida le asigna un mayor valor que a la eventual ganancia.

Se comprende entonces que en lo que se refiere al propenso al riesgo, las cosas funcionarán en un sentido contrario y, por consiguiente, un resultado promedio negativo puede serle atractivo, pues valorará más la eventualidad de ganancias que la de pérdida.

Para comprender estas ideas, mejor podemos emplear el instrumental gráfico de los árboles de decisión: Para ello considérese la siguiente representación que, de seguidas, pasaré a explicar.



En la figura se presenta un modo de incertidumbre. Supongamos que se ha tomado la decisión de cometer un delito de corrupción. Las consecuencias de ello son conocidas por el delinquenté: puede ser o no aprehendido, sin embargo no determinar el resultado deseable, que sería desde luego no ser aprehendido. En tal caso, de acuerdo con el ejemplo, obtendría una ganancia de 10.000 bolívares. De ser capturado, sufriría una pena de 100.000 bolívares; como esto es una ganancia negativa, lo representamos como un número negativo. Supongamos además que el resultado para él favorable tiene una probabilidad del 90 por ciento, mientras que el desfavorable sólo del 10 por ciento, pues ambas deben sumar 100 por mil. Con estos elementos podemos calcular la expectativa media de ganancia, que sería

$$(10.000 \times 0,9) + (-100.000 \times 0,1) = -1.000 \quad (1)$$

El resultado final obtenido es negativo a pesar de la alta probabilidad de la ganancia. Por consiguiente, quien proceda según el criterio de maximizar el valor medio esperado se abstendrá de actuar.

Supongamos sin embargo que nos encontramos ante alguien favorable al riesgo y que esta propensión la expresamos cuantitativamente por el logaritmo natural de las mismas ganancias, entonces:

$$\begin{aligned} (\text{LN } 10.000 \times 0,9) + (-\text{LN } 100.00 \times 0,1) = & \quad (2) \\ (9,21 \times 0,9) - (-11,51 \times 0,1) = & 7,138 \end{aligned}$$

El resultado (2) a diferencia del (1) es positivo y, por lo tanto, se puede predecir que emprenderá la acción.

Para lograr expectativas negativas tendrían que cambiar las probabilidades. Con una disminución hasta el 55 por ciento de la probabilidad de ganancia y un aumento hasta el 45 por ciento de la de pérdida se empieza a obtener tal resultado:

$$(9,21 \times 0,55) + (-11,51 \times 0,45) = 0,114 \quad (3)$$

Si consideramos al corrupto como un jugador que "tira la parada" y si tenemos en cuenta además las restricciones que existen para un aumento ilimitado de las penas, se comprende entonces que ante delinquentes propensos al riesgo, lo conveniente y necesario sea manipular las probabilidades de castigo.¹⁵

2.4. *Repercusiones en la administración de justicia*

Otra gran dificultad que se presenta al concentrar los mayores esfuerzos para combatir la corrupción en las leyes penales, es que esto inevitablemente produce en los tribunales una congestión de casos por tramitar que los sobrecarga de trabajo y pone en duda su eficiencia. Esta congestión tiene que darse por lo frecuente del delito (de lo cual es prueba el que hayan tenido que dictarse leyes en su contra) si no existe un esfuerzo sistemático preventivo a otro nivel.

Sin embargo, lo peor no es este resultado que al fin y al cabo podría enfrentarse con medidas organizativas y mejor gerencia judicial, sino otras devastadoras consecuencias en cuanto la honestidad de la misma administración de justicia y aun a la equidad en la aplicación de las penas y castigos.

En efecto, entre los casos planteados habrá los de los llamados "peces gordos", que cuentan con abundantes ingresos, ya sea originados

15. Acontecimientos como los que aparecen en la prensa resultan muy sugestivos acerca de la relación entre pena y probabilidad de aplicación. Así, en un reportaje sobre Hong Kong, el bien informado periodista Jack Anderson contaba cómo, ante la perspectiva de la adscripción de ese territorio a la China Popular en 1977, no sólo se estaba produciendo una fuga de capitales sino también de los jefes de gangsters atemorizados por la perspectiva de pena capital, establecida en las leyes de ese país, contra los delitos por ellos practicados.

Más dramáticamente todavía, nos hemos enterado cómo la banda de narcotraficantes llamada 'los extraditables' ha adoptado por consigna que es preferible una tumba en Colombia que una cárcel en los Estados Unidos. Desde luego, porque una tumba en Colombia es incierta, mientras que una cárcel en los Estados Unidos es segura. En uno y otro caso vemos así resultados paralelos obtenidos por vías diferentes. En el primero, no operan una serie de restricciones a la gravedad de la pena que sí actúan en los países occidentales democráticos; en el segundo estamos ante un sistema donde, por lo menos en relación a ciertos delitos, es elevada la probabilidad de aprehensión y convicción. (Hong Kong Crime Bosses flee". *The Daily Journal*, 15-2-85, p. 15 y "Narcotraficantes asesinan a Procurador General de Colombia". *El Nacional*, 26-1-88, p. 10).

Estudios empíricos confirman, también, que la prevención —en el sentido de disuasión efectiva— resulta de la combinación de penas y probabilidades de aplicación. Así Ehrlich —según resumen de Landes— usando datos de los Estados Unidos provenientes de los *Uniform crime reports* de 1940, 1950 y 1960, a los que aplica diversas técnicas estadísticas, comprueba que las tasas de criminalidad varían inversamente con las estimaciones de penalidad, probabilidades de condena y algo que llama oportunidades legales. ("Participation in illegitimate activities: a theoretical and empirical investigation" en Becker y Landes *Essays in economics...* pp. 68-134).

por sus actos corruptos o anteriores a los mismos; habrá también una mayoría de "peces chicos", autores de actos de pequeña corrupción. Estos dos grupos de personajes tienen diferentes estructuras de costos de oportunidad. Dicho de una manera expresiva: los unos son precisamente ricos en ingresos y pobres en tiempo, en el sentido de que experimentarán como particularmente agresiva y dañina a sus intereses cualquier limitación o privación del mismo, puesto que están en capacidad de hacerlo producir con alta rentabilidad económica.

Los otros son al revés, pobres en dinero pero ricos en tiempo. Perderlo no representa para ellos tanto perjuicio económico como para los anteriores. En estas condiciones no es de extrañar que un sistema represivo en el cual se multiplican las definiciones de lo delictivo y al mismo tiempo las penas de privación de libertad esté seriamente amenazado por escándalos crónicos, pues aquellos que tienen recursos para hacerlo, tratarán también de corromper al poder judicial. Mientras más draconianas se hagan las penas, mayor será su incentivo para hacerlo. Los delincuentes menores, en cambio, que no tienen tales recursos e incentivos, serán la mayor proporción de convictos, con lo cual se manifestará aquí también un sesgo de los sistemas judiciales contra las personas de menor ingreso, pero agravado por lo chocante que es cuando se da en cierto tipo de delitos como señaladamente los de corrupción.

Esta es una realidad que no se acepta con agrado y de la cual tampoco se sacan las debidas consecuencias. Por el contrario, las posiciones y hasta prejuicios que la fomentan son muy poderosos, y por lo tanto es difícil argüir contra ellos.

La función de juez es de tal responsabilidad y eminencia que fácilmente se confunde lo ideal con lo real. Las divergencias entre uno y otro son a veces tan profundas que se hace mayor el escándalo y se acentúan las críticas. Ante tales escándalos y críticas seguramente la mayor parte de nosotros leerá con una sonrisa irónica lo que dice el Padre Feijoo en el siglo XVII, a alguien que ha sido designado juez:

Contéplote en una esclavitud honrosa; mas, al fin, esclavitud. Ya no eres mío, ni tuyo, sino todo del público. Las obligaciones del cargo de juez no sólo te emancipan de tu padre, también deben desprenderse de ti mismo. Ya se acabó el mirar por tu comodidad, por tu salud, por tu reposo, para mirar por tu conciencia. Tu bien propio lo has de considerar como ajeno, y sólo el público como propio. Ya no hay para ti paisanos, amigos, ni parientes. Ya no has de tener patria, ni carne, ni sangre. ¿Quiero decir que no has de ser hombre? No por cierto, sino que la razón de hombre

ha de vivir tan separada de la razón de juez, que no tengan el más leve comercio las acciones de la judicatura con los afectos de la humanidad.¹⁶

Por otra parte, los jueces constituyen un poder, el tercer poder del Estado, el judicial. No es sorprendente entonces que considerados personajes excelsos y además en pie de igualdad con legisladores y gobernantes, se susciten ideas cuasi mágicas no sólo acerca de su capacidad de reparar y enmendar desgarraduras cotidianas del tejido social, sino también su diseño logrando aquello en que fracasan los otros poderes y el resto de la sociedad.

En el caso del legislativo, esta concepción tan "activista" del papel del poder judicial conduce paradójicamente a tratarlo como una variable manipulable a antojo a través de leyes que establecen requisitos cada vez más severos o que, en sus reformas procuran fundamentalmente mejorar los gazapos o lagunas procesales de las anteriores.¹⁷

Pero en cuanto a la corruptibilidad de los jueces, hay algo más que es necesario agregar. La presión corruptora sobre ellos se facilita porque como ya lo dijera magistralmente Beccaria en el caso del contrabando:

... las ofensas que los hombres creen que no pueden ser cometidas contra ellos, no les interesan tanto como para producir pública indignación contra quien las comete... antes bien disfrutan de sus ventajas presentes... [y] no ven más que el daño hecho al príncipe.¹⁸

De manera que esta "razón de hombre", como diría Feijoo, también compartida por el juez, puede producir consecuencias perturbadoras en el caso de delitos tan similares al contrabando como los que específicamente son considerados de corrupción. Este factor establece una seria limitación a los esfuerzos que se hagan para aumentar el grado de probabilidad de aplicación judicial de la ley, y plantea nuevamente la necesidad del funcionamiento de los filtros preventivos para no

16. Tomás Borrás y Federico C. Sainz de Robles: *Diccionario de Sabiduría. Frases y conceptos*. Madrid, Aguilar, 1956, p. 644. Miguel Fenech cita a Calamandrei, quien compara al juez con los talladores de piedras preciosas de ciertas ciudades de Holanda que una vez que han entregado piezas que valen millones, preparan serenos una frugal cena y parten, sin envidia, con las mismas manos, el pan de su honrada pobreza. A veces, las consecuencias son, sin embargo, más siniestras que la desganancia y apatía en torno a las cuales elabora Fenech sus consideraciones sobre "Patología procesal y orgánica". Miguel Fenech y Jorge Carreras: *Estudios de Derecho Procesal*. (Barcelona, Bosch, 1962, p. 83).

17. En un trabajo anterior he llamado esto "variable inerte". "Evaluación político-social de la Ley Orgánica de Salvaguarda". *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 66, 1983, pp. 157-171.

18. *Ob. cit.*, p. 97.

recargar a la judicatura y exponerla a frecuentes escándalos que acaban por crear mayor escepticismo sobre la lucha contra la corrupción.

En general, puede decirse, que la multiplicación de normas penalizadoras sin tener en cuenta debidamente el problema de las probabilidades de aplicación multiplicada también los blancos de corrupción, entre ellos los jueces. En este último caso aun con una administración de justicia eficiente y básicamente honesta, los diferentes costos de oportunidad de los indiciados y las actitudes sociales ante este tipo de delito socavan la aplicación efectiva de la ley. Tienen además consecuencias distributivas que aumentan el escándalo y contribuyen al desprestigio de dicha administración.

3. OTRAS CONSECUENCIAS DE POLITICA PUBLICA

De la concepción económica se extraen una serie de consecuencias de política pública y particularmente de política legislativa y penal que, a mi modo de ver, son pertinentes al problema de la corrupción aunque resulten más discutibles en el caso de otros delitos. Algunas de estas consecuencias han sido explicitadas anteriormente, pero convendría detenerse más en ellas y presentar otras.

3.1. *El impacto de la legislación*

Para evaluar los costos es fundamental lo que ocurre en los márgenes. La acción adicional que se emprende lleva en sí el germen del futuro y arrastra tras sí lo que hasta el momento se ha hecho. Lo decisivo es la diferencia que puede haber respecto de lo anterior. Decisiva ya sea para un retroceso o para un avance. Si no la hay o es mínima, nada ocurre: se trata de una reiteración de lo ya conocido que más allá de mera acumulación y volumen, carece de significado.

Sin embargo, en un proceso tan político como la legislación, ocurre muchas veces que la nueva ley busca más bien producir un impacto. Así, frente a la objeción de que el problema de las normas ya existentes no es que fueran inadecuadas sino que no se aplicaban, pareciera predominar la idea de que colocando una variante del paisaje ya conocido en un marco más espectacular y costoso se va a lograr por fin llamar la atención sobre el mismo.

En el caso de la corrupción, vista toda la complejidad del asunto y la dificultad de acciones verdaderamente eficientes en su contra, pareciera necesario no obstante que las nuevas leyes que se dictaren no fueran

solamente cuestión de impacto. Desde luego, dado también el contenido altamente político de la cuestión, tal impacto puede ser un beneficio a considerar. Sin embargo sus efectos se agotan rápidamente, mientras que el fenómeno que se pretende erradicar es cotidiano y tenaz. La decepción consiguiente hace más difícil la reforma, pues ésta ya no cuenta con el ambiente de entusiasmo y esperanza que permitió que se promulgara lo que ahora se demuestra deficiente.

3.2. Principios correctos en cuanto a las penas

Debe entenderse desde luego que tampoco se gana nada si la diferencia está orientada por principios incorrectos que produzcan consecuencias peores que las que se tratan de evitar, y éstas lleguen a ser más importantes que los buenos resultados que se persiguen. Esto es particularmente cierto, en el caso de las penas. Aquí nuevamente resulta inspirador Beccaria cuando dice:

Para que una pena consiga su efecto basta con que el mal de la misma exceda el 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.¹⁹

En otras palabras, Beccaria nos está diciendo que los beneficios patrimoniales del delincuente han representado costos para alguien y que el equilibrio perturbado debe ser restablecido. Pero el delincuente debe recibir también algo más y que constituye propiamente la pena. Esta, como señala en la primera larga cita que de él he hecho en este artículo, compensa su suavidad mediante una alta probabilidad de aplicación (*infalibilidad*).

El excedente de retribución, más allá del daño patrimonial, suele ser la privación de libertad. Esto crea problemas tan importantes y específicos que da lugar en el derecho al surgimiento de una nueva rama del mismo, el penal, y a que toda la materia de la reparación del daño quede incluida en la responsabilidad civil. Uno de los agudos problemas del derecho penal es entonces la pregunta sobre cuál es la reparación que representa la pena, hasta el punto que los penalistas llegan a independizarla completamente de toda idea de reparación propiamente dicha. La sanción civil sería así satisfactiva y la penal aflictiva. Pero la determinación de la naturaleza y el grado de aplicación está influida

19. *Ob. cit.*, p. 69. Y esto a pesar de que anteriormente se pregunta: "¿cuál es el fin político de las penas? El terror de los otros hombres".

por una gran variedad de factores históricos, morales, sociales, etc.²⁰ Desde el punto de vista económico, como he señalado anteriormente, esto constituye un absurdo. Sin embargo, debe ceder en su argumentación ante la existencia de delitos como el asesinato, frente a los cuales la conciencia social no puede aceptar tan exacta simetría entre el daño para alguien y el beneficio para otro, pues la vida es un bien irreparable e inconmensurable a la dimensión económica.²¹

A pesar de ello resulta interesante que esta idea de simetría vuelva como mística de la pena en Carnelutti. En todo caso muchos penalistas mantienen la irreductibilidad de la responsabilidad penal a la civil y de las sanciones respectivas entre sí. Así la civil no tendría como la penal, un carácter estrictamente personal, pues afectaría sólo al patrimonio; en consecuencia, tampoco tendría un carácter ético tan acentuado y buscaría fundamentalmente la protección de intereses individuales y sólo de una manera psicológica indirecta la satisfacción de los intereses de la generalidad.²²

Cabría pensar sin embargo que el *surplus* de sanción, constituido por la privación de libertad, no siempre es la mejor solución. Reiterando lo que he dicho anteriormente, en los de corrupción el analista debe constatar más allá de sus valoraciones personales, que en lugar de existir en la sociedad un criterio abrumadoramente adverso pareciera que una parte ha logrado imponer el suyo a la otra que sin embargo continuará luchando subrepticamente contra tal victoria, la cual resulta entonces bastante precaria. A esta lucha subreptica se suma la feroz de los indiciados cuya resistencia no está, como en otros tipos de delitos, debilitada por un fuerte remordimiento acicateado por la unanimidad condenatoria de la conciencia social. En este torbellino quedan maltrechas unas cuantas cosas, entre ellas la reparación eficiente del daño causado.

En general, podría afirmarse que las penas de privación de libertad deberían emplearse de la forma más parsimoniosa posible. Así como la pena de muerte ha sido abolida en muchas partes por su carácter irreversible, que apareja la imparcialidad de remediar el error cometido; la

20. Hasta el punto de que, en definitiva, se concluye que es imposible distinguir entre ilícito penal y civil. Alberto Arteaga S.: *Derecho Penal Venezolano. Parte General*. (Caracas, UCV, 1986, p. 141).

21. Sin embargo, en sistemas penales ajenos a la modernidad y aún hoy existentes se admite para el homicidio, siempre que los parientes lo consientan, el precio de sangre. En el derecho islámico este "precio de sangre" (*diya*), eran cien camellos. Ministerio del Interior del Reino de Arabia Saudita. *Efectos de la legislación islámica en la prevención del delito en Arabia Saudita*. (Roma, Naciones Unidas, pp. 373-374).

22. G. Bettiol: *Diritto Penale...*, p. 668.

prisión tiene un efecto estigmatizador²³ que también le hace aplicable el argumento. A esto hay que agregar las graves consecuencias que conlleva la mísera realidad de los sistemas penitenciarios. Por otra parte, si la responsabilidad es frente al Estado y se hace la reparación del daño patrimonial que le ha sido causado, no se trataría de una satisfacción puramente psicológica e indirecta de los intereses de la generalidad.²⁴

3.3. *Penas de carácter económico*

Hay que distinguir entonces dos dimensiones en este asunto. Uno es la anulación del provecho ilegítimo mediante diversas medidas: confiscación del bien obtenido ilegítimamente, restitución de las cantidades apropiadas, etc. Otro es la sanción adicional que tenga además un efecto disuasivo para casos futuros, pero en el sentido muy específico de que

23. De los mismos penalistas véase, entre otros, Hernando Londoño Jiménez: *Derecho Procesal Penal*. (Bogotá, Editorial Temis, 1982, p. 213).

24. Ya concluido este artículo, he conocido las revolucionarias ideas de Herman Bianchi a través de su conferencia dictada en España: "Propuestas de abolición del sistema penal. El modelo de ascenso y los procedimientos de 'arreglo de disputas'" (*Estudios de Deusto*. Revista de la Universidad de Deusto. Vol. 34-1. Fasc. 76. Enero-junio de 1986, pp. 203-228). Se trata de un planteamiento antiabolicionista radical, como lo indica el título, en el cual, partiendo de supuestos diferentes a los de la pura eficiencia, se llega a conclusiones similares a las aquí discutidas. El autor cuestiona el fundamento ético de la pena y, por consiguiente, del derecho penal. Respecto de esto señala acertadamente que se confunde la penitencia que se la impone uno a sí mismo, con la pena impuesta con violencia, y por tanto en forma no ética, por una fuerza externa. Considera, por otra parte, que "las normas de responsabilidad civil pueden ser suficientes y eficientes para atender adecuadamente muchos de los problemas derivados del delito", pues parte de una idea reparadora de la sanción, y abunda sobre las consecuencias estigmatizadoras de la privación de libertad. Pero, más allá de estas coincidencias en puntos particulares, interesa su planteamiento central que distingue tres modelos de regulación social: el modelo de *consenso*, el de *disenso* y el de *ascenso*. El primero "da por sentado un acuerdo básico entre los miembros de una sociedad en cuanto a la interpretación de normas y valores. Cualquier conflicto que surja como opuesto a tal interpretación se considera una amenaza inaceptable para una sociedad de orden, de tal forma que se tienen que imponer reglas estrictas para esclarecer el conflicto". Este modelo es el que sustenta al Derecho Penal. En el de *disenso*, como su nombre lo indica, no hay tal acuerdo y se trata de ver quién tiene la fuerza suficiente para imponer su interpretación. En el modelo de *ascenso*, finalmente, "los conflictos que surjan se presentan para su discusión y arreglo entre las partes directamente involucradas". Bianchi señala cómo éste es el que más se aplica en la realidad, sólo que no al control del delito, "lo cual es ciertamente remarcable". Cabría señalar, sin embargo, el caso ya citado en nota anterior, del derecho islámico de la Arabia Saudita, en el cual se produce una deliberación entre los afectados aún en el caso del homicidio (*diyya*). El autor no trata específicamente los delitos de corrupción pero es interesante ver la aplicabilidad de sus ideas a los mismos, pues si algo está claro es su extraordinaria complejidad en la cual se dificultan los juicios absolutos, pues el mismo Estado que los condena puede haber contribuido a su difusión.

la vocación de lucro se oriente hacia el mercado y no a costa de lo público.²⁵

Esto se podría lograr, sin desviarme mucho de la idea de reparación, tratando de estimar económicamente una serie de daños a bienes intangibles que se considera que también han sido afectados por la corrupción. Se trataría de una especie de daño moral a la sociedad y al Estado, cuya dificultad de estimación no debería arredrar así como en el campo civil no ha arredrado la de la determinación del que se refiere a las personas individuales.²⁶ En todo caso esto no puede ser más difícil ni arbitrario de lo que ocurre con las penas de prisión en donde además de la graduación de éstas, tradicionalmente se ha considerado necesario entrar en cuestiones tan arduas como las condiciones de la imputabilidad, la culpa, la premeditación, etc.

Algunas ideas pueden apuntarse en esta compleja materia. Por de pronto el establecimiento de montos fijos para las multas no parece conveniente; pues sólo eleva el piso del soborno en el caso de tales delitos, es decir, el nivel a partir del cual debe comenzar la propuesta. Se desalentaría la pequeña pero no la gran corrupción. En este sentido, las multas podrían basarse no sólo en el monto del soborno sino también en el ingreso que éste posibilita. Habría que distinguir por otra parte entre la situación del sobornador y la del sobornado, pues en este último caso el ingreso se limita generalmente a la cantidad recibida por el cohecho, especialmente en la pequeña corrupción.

Naturalmente, frente a este tipo de medidas se erigen muchas dificultades. La variabilidad de las penas y su ajuste a las situaciones concretas va en contra del principio de que dichas penas deben estar previamente establecidas en la ley y su magnitud sólo puede oscilar dentro de límites muy precisos también previamente establecidos. Además se requeriría una capacitación técnica de los tribunales que están lejos de poseer, para la estimación de los daños causados y los beneficios obtenidos por los delincuentes.²⁷ Convendría sin embargo ir pensando en estas vías que abre el enfoque económico no sólo de la corrupción, sino de los problemas judiciales en general.

25. Richard Posner: *Economic analysis of law*. (Boston y Toronto. Little Brown and Co., 2ª edición, 1977, pp. 164 y ss.

26. José Melich Orsini: *Estudios de Derecho Civil*. (Caracas. Italgráfica, 1975). Véase el capítulo II sobre el daño, muy especialmente las páginas 43 a 44.

27. Véase Enrique Cury Urzúa: "Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios (Descriminalización y Administrativización)". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 13, N° 2, mayo-agosto de 1986, pp. 296-303).

Esto no significaría que las penas de privación de libertad se eliminarían completamente para este tipo de delitos. Pero una cosa es que queden como un residuo irreductible y otra que sean el principal recurso sancionatorio. Entre otras razones para su permanencia estarían las siguientes:

- Su empleo como medio de forzar el cumplimiento de las penas pecuniarias o castigar su incumplimiento.
- Su utilización para aquellos delitos de corrupción donde entran factores de violencia, como en ciertos casos de extorsión, y elementos de otros tipos delictivos cuyas equivalencias o sanciones económicas son difíciles de establecer y tradicionalmente se considera que deben acarrear otra forma de castigo.
- Finalmente, para que si alguien no puede pagar o no haya sido posible aplicar la pena pecuniaria, ésta pueda ser conmutada en pena de privación de libertad.²⁸

3.4. *La objeción sobre las consecuencias inequitativas del sistema*

Este sistema donde se pone el énfasis en la reparación económica podría considerarse que da lugar a consecuencias no equitativas, pues aquellos que no puedan efectuarla serán, por lo general, personas de las clases bajas. Con esto se daría la situación de que ellas serían todavía más que en el sistema actual, las que irían a dar a la cárcel, y esto suscita siempre un sentimiento de que se comete una injusticia. Recuérdese sin embargo, que no estoy propugnando su aplicación general, sino sólo a un tipo particular de delitos en el cual incurren personas que suelen tener un nivel social de clase o *status* bastante elevado y que obtienen algún tipo de beneficio material del mismo. Las multas además de tener en cuenta tales beneficios en las formas indicadas anteriormente, podrían hacerse proporcionales al nivel promedio de ingresos.

Si de todas maneras se temiera efectos distributivos perjudiciales, se podría establecer para los que estuvieran incurso en pequeña corrupción y fueran de baja extracción social el pago por cuotas o medidas benignas de restricción de libertad como las que se han ideado en los modernos sistemas penitenciarios. Incluso podría aplicarse el ordenamiento normativo con mayor lenidad según fuera menor la capacidad económica de las personas.

28. En el modelo abolicionista "la respuesta punitiva se reserva únicamente a aquellos casos en que el actor criminal haya rehusado, tras habersele invitado repetidas veces, a reparar su falta y los daños que haya causado". Bianchi, *ob. cit.*, p. 215.

Nuevamente se puede plantear que estas atenuaciones podrían también ser perseguidas por los delincuentes mayores e intentar corromper a los jueces para lograrlas. Es imposible en efecto, diseñar un sistema invulnerable al poder de la riqueza. Lo que cabe es crear condiciones que limiten su virulencia. En este sentido debo recordar que estoy partiendo de la hipótesis de que, en virtud de las diferentes estructuras de costos de oportunidad, aquellos que tengan mayor capacidad económica preferirán evitar a toda costa la privación de libertad por más benigna que sea. Por otra parte, en cuanto al pago fraccionado de las multas, sería demasiado escandaloso y visible ante la opinión pública que teniendo tal capacidad se les confeccionara un cómodo esquema de pagos por debajo de la misma.

Lo que sí es claro en todo caso, es que en el sistema actual no sólo se castiga a los pobres más que a los ricos sino que ni siquiera se castiga a los ricos en aquello en que podrían ser castigados.

3.5. *La no conmutación de las penas entre sí*

Desde la hipótesis planteada parece también erróneo que aún persistiendo las penas de privación de libertad, se recurra al extremo de impedir toda equivalencia y conmutación entre ellas y las multas o se establezca sólo una posibilidad parcial de conmutación en el sentido de que las multas puedan transformarse en cárcel, pero no a la inversa. Lo que hay que evitar más bien es que las tasas de sustitución entre unas y otras sean erráticas de un tipo delictivo a otro o que se establezca muy bajo el valor económico de la privación de libertad.

Postular como principio fundamental la reparación y sanción económica lleva a plantear la necesidad de unificar en un solo *corpus* penal los delitos que son susceptibles a la aplicación de tal sistema. No sólo los propiamente de corrupción sino también todos aquellos como el citado contrabando, estafas, delitos fiscales, etc., que en todo caso, suelen servirse de la corrupción o coadyuvan a ella.

Considerar esas conductas desde tal punto de vista permitiría establecer en forma más coherente y lógica, las progresiones y diferencias marginales entre las penas según la gravedad que se le asigne a cada uno de los delitos. Esto naturalmente; es difícil porque supone renunciar a la especial estigmatización que resulta de colocar a algunos de ellos en categorías diferenciadas de los demás y sujetas a mayor execración y oprobio sociales.

3.6. Otra cara del asunto: un sistema de premios

De la misma manera sería también incompleto hablar de castigos sin referirse a los premios. Este es un asunto que suele enunciarse sin que se desarrolle mucho. Nuevamente encontramos en Beccaria los elementos de una idea cuyas posibilidades no han sido suficientemente explotadas:

Otro medio de prevenir los delitos es el recompensar la virtud. Acerca de este punto, observo un silencio universal en las leyes de todas las naciones de la actualidad. Si los premios propuestos por las academias para los descubridores de verdades útiles han multiplicado tanto los conocimientos y los buenos libros, ¿por qué los premios distribuidos por la benéfica mano del soberano no habrían de multiplicar del mismo modo las acciones virtuosas? La moneda del honor es siempre inagotable y fructífera en manos de su prudente distribuidor.²⁹

El paralelismo de "delitos y penas" con "méritos y recompensas" es tan evidente y automático que ya otro connacional de Beccaria, de una generación poco posterior, escribe un *Tratado de las virtudes y los premios*. Lamentablemente es poco, por no decir nada, lo que el autor aporta.³⁰

Si la sociedad, o al menos una parte importante de ella, dice tomarse tan en serio la lucha contra la corrupción, el asunto no debería destacarse sólo porque se trata de un fácil paralelismo. Las ideas que inminentemente surgen de un sistema para "aprehender" virtuosos con sus respectivas relaciones entre sus premios y la probabilidad de ser otorgados, así como de procedimientos de "denuncia y acusación", pueden parecer pintorescas pero son aplicables, como señala Becker, a buena parte de lo que se hace en diversos campos, desde los concursos de belleza, pasando por los sistemas de patentes hasta los premios científicos, las condecoraciones militares y las órdenes honoríficas.³¹

29. *Ob. cit.*, p. 115.

30. Jacinto Dragonetti (1783-1818. Beccaria había nacido en 1735 y muerto en 1793). He utilizado una edición argentina (Buenos Aires. Editorial Atalaya, 1965), que pone la pequeña obra de Dragonetti como uno de los materiales que se anexan a la de Beccaria. Las afirmaciones que hago sobre tal obra deben ser tomadas a beneficio de un mejor conocimiento del original si se tiene en cuenta que la mencionada edición (con estudios de Guillermo Cabanellas), en lo que a Beccaria se refiere, trunca arbitrariamente el texto de los capítulos.

31. Johnson critica también esta idea alegando que el funcionamiento de un sistema tal requeriría que las recompensas a la honestidad fueran por lo menos iguales a las de la deshonestidad, y como ejemplo de que tal proporcionalidad es difícil, pone el de las loterías y cómo éstas terminan siendo menos atractivas que el juego ilegal. Aparte de que salta a la vista que una cosa es el intento de controlar una actividad

Sin embargo, cuando se producen los escándalos de corrupción y las consiguientes campañas en su contra, una de las afirmaciones en la que todos concuerdan es que la mayoría del grupo afectado no es corrupta. Así se dice: "La mayoría de los funcionarios públicos es honesta..." o "la mayoría de los jueces...; etc.". Esto es paradójico porque, sin embargo el escándalo es tan grande que pareciera lo contrario. Y, por otra parte, el único reconocimiento que obtiene esa mayoría son tales afirmaciones generales.

Desde luego, la existencia de un sistema desarrollado de intervención sobre el delito es posible en cuanto tal actividad, pese a todo lo que se diga, no es la regla sino la excepción. De la misma manera como es difícil castigar a los delincuentes si fueran la mayoría lo sería premiar a una honesta. Sin embargo, podrían escogerse casos excepcionales, destacados de esa mayoría, que le mostraran el camino a seguir y que seguirlo no pasa desapercibido a la sociedad. Un sistema de premios podría ser un buen antídoto en aquellas situaciones donde predomina el "folklore de la corrupción".³² No sé si todo esto pueda alcanzar alguna entidad como para que se desarrollara un derecho "premieral", complementario del penal, pero haría bien pensar sistemáticamente sobre el asunto para tener criterios menos erráticos y arbitrarios en cuanto al mismo.

3.7. *El control de los programas anticorrupción*

Cualquiera que sea el sistema, preventivo o represivo, que se implante contra la corrupción, es necesario establecer un control que nos permita conocer si da los resultados que de él se esperaron. Aquí, nuevamente nos auxilia el enfoque económico para concebir los lineamientos

ilícita tolerando alguna de sus manifestaciones y otra recompensar conductas que se consideran deseables y meritorias y, en este sentido, el ejemplo para ilustrar la dificultad debió ser mejor escogido; esto supone, nuevamente, una versión puramente materialista de costos y beneficios. Dada la estructura motivacional de los honestos, es de suponer que para ellos puede ser más valioso un reconocimiento a su conducta, del tipo que fuere, a la posibilidad de un lucro monetario. Argumenta Johnson también, que un sistema de premios implica decisiones políticas en cuanto a quiénes y con qué criterios los otorgan y no puede presentarse como políticamente neutral. Desde luego que esto envuelve importantes cuestiones de tipo político, pero el argumento prueba demasiado porque, en base al mismo, tampoco deberían tomarse otra serie de medidas en contra de la corrupción. Además, una vez que se abandona la pretensión de neutralidad, deja de operar la objeción que está hecha teniendo en cuenta características muy peculiares de los movimientos de reforma urbana en los Estados Unidos, los cuales se han pregonado a sí mismos como apolíticos (Johnston: *With a little help...*, cap. VI, pp. 4-5).

32. Cuando la corrupción se incentiva porque cualquier cosa que se haga se considerará corrupta. La idea ha sido planteada por Gunar Hyrdal.

generales de tal control y tener un criterio comparativo para evaluar mucho de lo que en esta materia se hace.

La lógica del equilibrio entre costos y beneficios es susceptible de ser aplicada en este campo como en cualquier otro. Así, por ejemplo, si un incremento de un bolívar en gastos de control nos permite evitar un daño de dos bolívares, debemos aumentar dicho gasto hasta el punto en el cual el beneficio marginal se equipare con el costo marginal. Supongamos así, que el siguiente bolívar sólo nos reporta un daño evitado de bolívares 1,5; todavía podríamos gastar un bolívar más o fracción hasta el punto de equilibrio. Por el contrario, haríamos mal en continuar, y tendríamos que realizar el proceso inverso; si el costo marginal supera al beneficio marginal. Obsérvese que esto significa contar con un patrón claro, no sólo para discernir cuando se está empleando recursos en una forma excesiva, sino también el otro aspecto, no menos importante de cuándo se los está empleando en forma insuficiente. No caer en ninguno de ambos extremos es, precisamente el problema de la eficiencia.

Por supuesto, en una cuestión tan relacionada con la violación de valores éticos como es la corrupción, se podrá objetar, y a menudo se lo hace, que aun cuando un gasto adicional de un bolívar sólo reporte un beneficio menor, debe de todas maneras incurrirse en el mismo. Tómese en cuenta sin embargo, que la persecución absoluta de la lucha contra la corrupción puede significar no sólo un sacrificio económico, sino también la de otros valores igualmente respetables. Sin embargo, si aún se persistiera en tal idea y se adoptara como una opción consciente, el empleo del criterio de costos y beneficios permite conocer con claridad el costo económico de dicha opción y hasta dónde, en tales términos, se está dispuesto a llegar.

En la práctica puede ocurrir, lamentablemente, que la forma como las agencias contraloras reportan los resultados de su actividad se limite a la enumeración de la cantidad de casos tratados,³³ pudiendo incurrirse en alguno de los siguientes tipos de vicios:

- Se señalan los beneficios obtenidos pero no los costos, con lo cual no se sabe si esos beneficios se han logrado a expensas de un dispendioso despilfarro. Esto es, sin embargo, un buen recurso propagandístico para que la agencia se cree un prestigio poco sólido.
- Se indican los costos pero no los beneficios. Por la razón apuntada, esto es menos frecuente pero puede cumplir en un momento dado, una función

33. G. Stigler: *The optimum enforcement...*

... importante para justificar la inercia so pretexto de lo excesivamente caro de la actividad contralora.

-Finalmente, lo peor de todo es cuando no se indican costos ni beneficios, a veces porque ni siquiera se tiene noción del problema.

A N E X O

COMPARACION ENTRE PENA DE PRIVACION DE LIBERTAD Y PENA MONETARIA

A veces, en textos ubicados en publicaciones de carácter general y donde normalmente no serían buscadas, se pueden encontrar explicaciones claras y útiles de cuestiones especializadas que muchas veces se buscan infructuosamente en los manuales y tratados. Tal me ha ocurrido con el tema de este Anexo, hojeando un viejo semanario alemán (*Die Woche*, N° 23 del 12 de junio de 1912), donde figura un artículo ("Freiheitstrafe oder Geldstrafe"?), de un profesor Kirsch, de Estrasburgo, escrito con motivo de la introducción en el derecho penal alemán de la pena monetaria al hurto, anteriormente no posible, cualquiera fuera el valor del objeto hurtado, los motivos o las circunstancias atenuantes. Es obligado, pues, reconocer la inspiración de este anexo y del siguiente cuadro en dicho artículo.

PENA DE PRIVACION DE LIBERTAD

VENTAJAS

Si la pena debe ser un mal inferido, éste mal será mayor cuanto más valioso el bien afectado: la libertad de movimiento y acción es, indudablemente, uno de los más valiosos bienes humanos si no el más valioso.

Por lo tanto tendrá un efecto disuasivo, cualquiera sea la condición social de la persona:

DESVENTAJAS

Es muy difícil adecuarla a la gravedad del delito y, además hay límites legales y naturales al máximo que puede imponerse. Fácilmente se viola entonces el principio de justicia penal de que la pena debe ser adecuada a la culpa.

VENTAJAS

el pobre apenas podría ser sometido a una pena económica; al rico apenas podría afectarlo;

para quienes tienen un elevado *status* es especialmente disuasivo el estigma asociado a esta pena.

Es una pena eminentemente personal: tiene que ser cumplida por el mismo delincuente.

Permite sustraer al delincuente de las influencias ambientales perjudiciales, y al Estado actuar sobre él en forma rehabilitadora y reeducadora. El no susceptible a ello puede ser impedido de dañar a la sociedad que es así como mejor puede protegerse de quien sea una amenaza.

PENA MONETARIA

VENTAJAS

También satisfaría la idea de retribución, pues propiedad e ingreso son bienes importantes para la gente. Es especialmente adecuada para las transgresiones que tienen su motivación en la codicia y con esto se cumpliría otro de los requisitos de la concepción retributoria: aquel que exige que quien delinque debe expiar en aquel aspecto contra el cual haya pecado.

DESVENTAJAS

El estigma que le está asociado con sus consecuencias para la posterior rehabilitación, al dificultar el obtener un trabajo honesto, está fuera de proporción en los delitos leves, con la gravedad de la culpa.

Pero sus efectos no se limitan al prisionero, sino que se extienden también a sus allegados por el sufrimiento que les causa o por repercutir sobre su sustento si se trata del cabeza de familia.

Si se realiza bajo la modalidad de prisión en aislamiento, degrada y embrutece al prisionero, y si en contacto con los otros penados, se convierte más bien en escuela del crimen. Por otra parte, es difícil dar al condenado una ocupación adecuada a su profesión y habilidad y lograr así una verdadera rehabilitación.

DESVENTAJAS

Puede ser pagada por quienes no han cometido el delito, con lo cual en unos casos se termina afectando a inocentes —los allegados dispuestos a asumirla— y en otros fomentando la impunidad y a poderosas organizaciones criminales en capacidad de sacar a sus asociados de la cárcel.

VENTAJAS

Evita los problemas de la privación de libertad: no destruye espiritualmente al reo y, al no sustraerlo de su profesión, no le quita la posibilidad de sustento para él y sus familiares.

Es menos estigmatizadora y, por lo tanto, en delitos que no tienen una motivación deshonrosa, representaría una adecuada retribución.

Permite graduaciones precisas, desde las ínfimas hasta un monto teóricamente ilimitado y así la exacta adecuación entre pena y gravedad del delito.

Estableciendo que sea menor para los pobres y mayor para los ricos, puede hacerse más equitativa: se podría regular según el patrimonio o mejor, el ingreso como un porcentaje de este último. Además, al pobre se le podrían dar plazos para pagarla o pagarla en especie con su trabajo.

DESVENTAJAS

Sin embargo, persiste un problema de graduación subjetiva en cuanto cada quien siente de forma diferente la pérdida de patrimonio o ingreso, según sea, por ejemplo, despilfarrador o avaro.

Para aquellos que cuentan con recursos puede convertirse en una farsa o en un mero asiento de costos en la contabilidad o ser excesivamente dura con quienes no los poseen en demasía. Por conmutación de pena los pobres irían a dar, necesariamente a la cárcel, con lo cual se producirían consecuencias inequitativas, pues unos eludirían fácilmente la privación de libertad y otros tendrían que cumplirla. Esto refuerza la tendencia a que las cárceles estén llenas de pobres que, ya de por sí viene dada porque la mayor parte de los delinquentes provienen de ese estrato.

Puede producir la impresión de que el Estado se está enriqueciendo con

VENTAJAS

DESVENTAJAS

los delitos de sus ciudadanos o tolerando que los mismos, mediante una adecuada compensación económica, "compren" el derecho a delinquir.

Parece pertinente no limitarse a presentar el cuadro anterior, sino acompañarlo también de algunos comentarios. Obsérvese en primer lugar, cómo está basado en la concepción retributoria que rige al derecho penal clásico y otros principios del mismo, pues asoman términos como "culpa", "pecado", "codicia", etc. Por ello es tanto más interesante comprobar que dentro de tal concepción cumple una función y encuentra cabida la pena monetaria y resulta difícil descartarla completamente en favor de la de privación de libertad. De la misma manera tampoco es dable generalizarla demasiado: en efecto, incluso en delitos como los de corrupción, donde habría un amplio margen para la pena monetaria, puede considerarse que se violan valores tan importantes que resulta ineludible el castigo de prisión. Esto no descarta sin embargo un amplio margen de conmutación entre una y otra, aunque respecto de éste pueda haber en los textos legales una menor flexibilidad que la que teóricamente sería posible. Obsérvese además que está presente la idea de adecuar la pena monetaria al ingreso y de formas flexibles de pago de la misma como medios de cubrir respectivamente los dos posibles extremos de inequidad que podrían originarse.

Por otra parte, si lo que se acepta es la concepción reparatoria, resultan superfluos los argumentos motivacionales y caen por su peso una serie de objeciones como la de que la pena no se cumpla personalmente; además, queda claro del mismo cuadro que después de todo, no hay ninguna cuyas consecuencias se limiten únicamente al autor del delito. Queda en pie, sin embargo, el problema de la peligrosidad social del transgresor que exige su aislamiento de la sociedad. Esto como es sabido, fundamenta otra idea de la pena distinta, tanto de la retributoria como de la reparatoria. Pero, sobre todo, en el caso de la gran corrupción, nos encontramos con actores que muestran una capacidad de lucro cuya amenaza consiste en que se realiza dentro de un contexto no legítimo para ello. Más bien se trata de encauzarla por el canal adecuado, esto es, el mercado. Si dentro del mismo el sujeto también recurre a prácticas fraudulentas e ilícitas, los medios de controlarlo son menos costosos que los públicos y sobre todo surgen de los mismos sujetos involucrados en las relaciones económicas. O bien se trata de personajes que al mis-

mo tiempo que se lucran muestran una notable capacidad ejecutiva. Que esto último sea debidamente aprovechado sin que se propicie lo primero y que este aprovechamiento no deje a su vez resquicios y agujeros para la transgresión corrupta, es otra forma de los dilemas con los cuales nos topamos constantemente en lo que a lucha contra la corrupción se refiere.

Cabe completar este comentario agregando que si bien la concepción de la pena como reparación conduce a que ésta casi forzosamente tenga que ser de carácter económico; tal cosa no significa que algunas de sus formas sean inmunes a la crítica desde el punto de vista de la eficiencia. Así, el pago mediante trabajo tiene el inconveniente de que resulta desincentivador y puede disminuir su calidad y cantidad.

Finalmente, en cuanto a la objeción de "compra" del delito, tómesese en cuenta que el hecho de que en algo intervengan términos pecuniarios y cuantificaciones de tal índole, no significa que se realicen gustosamente y pierdan su carácter de castigo, de la misma manera al consumidor no le resulta grato verse forzado a pagar por el producto un precio mayor del que estipulan las condiciones de oferta y demanda.