

## Políticas de seguridad contra las pandillas y análisis económico del derecho<sup>1</sup>

Por Jaime Edwin Martínez Ventura

1. **Introducción;**
  2. **El AED y su relación con las políticas de desregulación económica;**
  3. **Aplicación del AED a la política criminal. Alcances y límites;**
  4. **Críticas a la aplicación del AED en el campo penal o de la política criminal;**
  5. **Relación de las políticas contra las pandillas y las políticas neoliberales;**
  6. **Políticas punitivas contra las pandillas: una aplicación deformada del AED;**
- Bibliografía.**

### 1. Introducción

Por más que en los últimos 10 años en El Salvador se haya instalado, en la retórica de la seguridad pública, una suerte de consenso político y académico acerca de que la criminalidad —y especialmente el fenómeno de las maras o pandillas— debe ser enfrentada desde el enfoque de una política integral —conformada por las áreas de control o represión, prevención de la delincuencia, reinserción social y fortalecimiento institucional— lo cierto es que desde el surgimiento del fenómeno pandilleril, a inicios de los noventa, la política criminal se ha caracterizado por ser principalmente punitiva.

Muestra de esa tendencia contra las pandillas han sido las diversas leyes especiales creadas para su represión<sup>2</sup>, las continuas reformas al Código Penal<sup>3</sup> relativas a cambios en los tipos penales, creación de nuevo delitos

1 Basado en un ensayo inédito, presentado por el autor en agosto de 2015, durante el curso correspondiente al módulo X, Análisis Económico del Derecho, impartido por el profesor argentino Pablo Ianello, en la Maestría de Derecho Penal Económico de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

2 El 22 de marzo de 1996 fue emitida la *Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado*, la cual, pese a su nombre, en realidad era una ley represiva contra los jóvenes miembros de maras o pandillas. Las principales disposiciones de esta ley fueron declaradas inconstitucionales por violentar derechos fundamentales, mediante sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de febrero de 1997 (Martínez Ventura, 2005, p. 379). El 9 de octubre de 2003, fue aprobada la *Ley Antimaras*, la cual, por ser violatoria de diversas garantías y derechos constitucionales, fue declarada inconstitucional de manera total y absoluta, mediante sentencia de la Sala de lo Constitucional, el 1 de abril de 2004 (Martínez Ventura, 2005, p. 400).

3 Para un análisis crítico sobre las constantes reformas de corte punitivo a la legislación penal, ver Martínez Ventura, 2005, pp. 141 a 227. El 1.º de septiembre de 2010, fue aprobada la *Ley de Proscripción de Maras, Pandillas y Grupos de Exterminio* que, como su nombre lo indica, estaba dirigida no solo a las pandillas, sino a grupos armados irregulares de presunta justicia por propia mano. En la práctica esta ley está vigente pero es escasamente aplicada.

y aumento de penas<sup>4</sup>; la creación de tribunales especializados<sup>5</sup>, y el encarcelamiento masivo de pandilleros, de los que al 23 de julio de 2015, estaban presos 13 655, que representan el 45 % de 30 362 personas encarceladas<sup>6</sup>, cifra y proporción que, sin duda, ha aumentado en los días más recientes.

Dos ideas sobre la relación entre las políticas de seguridad contra las pandillas en El Salvador y el análisis económico del derecho (AED) se entrecruzan en este ensayo: una, el carácter punitivo de tales políticas se deriva del AED, ya que este es una de las bases teóricas fundamentales de las políticas económicas neoliberales o de desregulación, que a su vez han sido las estrategias económicas predominantes en nuestro país desde inicios de los noventa, y de ellas se deriva una particular corriente punitiva en el campo de la seguridad: la política de cero tolerancia.

La otra relación es que el carácter represivo de las políticas contra las pandillas se debe a una aplicación desnaturalizada del AED, por los partidarios de las políticas de cero tolerancia o “ley y orden”. En otras palabras, es indudable que el AED es determinante en las políticas de desregulación económica; pero las políticas de mayor severidad penal, asociadas a esa desregulación económica, son una deformación del AED en el campo penal. Ambas relaciones se explicarán a continuación.

## 2. El AED y su relación con las políticas de desregulación económica

El llamado análisis económico del derecho (AED), también conocido como “teoría de la economía y el derecho” o “economía de la ley”, es definido como “la aplicación de teoría económica, principalmente la teoría de precios, para examinar la formación, estructura, proceso e impacto que tienen la ley y las instituciones legales” (Beyer, 1992, p. 2).

4 Desde su aprobación el 20 de abril de 1998, el Código Penal actual de El Salvador ha sufrido 55 reformas hasta mayo de 2013; el Código Procesal Penal aprobado en esa misma fecha también sufrió diversas reformas hasta su derogatoria y creación de otro Código Procesal Penal en julio de 2009.

5 El 20 de diciembre de 2006, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, vigente desde el 1 de abril de 2007, mediante la cual fue creada una jurisdicción, paralela a la competencia penal común, integrada por juzgados especializados de instrucción, tribunales especializados de sentencia y cámaras especializadas de segunda instancia, supuestamente para perseguir al crimen organizado y los llamados delitos de realización compleja, categoría que comprende a los homicidios simples y agravados, extorsión y secuestro, cometidos con determinadas características establecidas en dicha ley. En la práctica, dicha jurisdicción se dedica mayoritariamente a la persecución de los delitos cometidos por miembros de maras o pandillas, relegando otras modalidades de crimen organizado.

6 Clasificación de población privada de libertad por organización al 23-07-2015. Dirección General de Centros Penales. Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de El Salvador. Si a estos datos se suman aproximadamente 5000 personas detenidas en las celdas de las unidades policiales y 1000 adolescentes en los centros de internamiento para menores de edad, el total de personas privadas de libertad a julio de 2015 se eleva a 36 362 que, para una población del país de 6.3 millones de habitantes, arroja una tasa de 577 presos por cada 100 000 habitantes, probablemente las más alta de América Latina.

Desde la teoría clásica de la economía, el AED parte del supuesto de que los seres humanos actúan con racionalidad al momento de comportarse o tomar decisiones. Uno de sus máximos expositores, Richard Posner, lo expresa así:

*La mayoría de los análisis económicos consiste en esbozar las consecuencias de asumir que la gente es más o menos racional en sus interpretaciones sociales, lo cual quiere decir que la gente prefiere más a menos o, en otras palabras, eligen medios eficientes para sus fines (racionalidad instrumental), cualesquiera que puedan ser estos (Posner, 2005, p. 10).<sup>7</sup>*

Para otro de sus principales teóricos, Ronald Coase, “los economistas tendían a recomendar la intervención del gobierno en todos aquellos casos que el mercado se apartaba de un ambiente competitivo, olvidando que el gobierno no podía ser considerado una fuerza correctiva libre de costos” (Posner, 2005, p. 5); es decir, tanto las propuestas económicas como las que no son de esa naturaleza, por ejemplo, la política criminal, tienen costos que deben ser incluidos en los análisis respectivos.

La teoría del AED produjo un enorme influjo en el surgimiento de las políticas neoliberales o de desregulación de la economía, que luego se impuso en otros campos de las políticas públicas, desde finales de las década de los setenta. Posner lo dice de esta manera: “El movimiento de desregulación y el aumento del respeto por la ideología de libre mercado, en general, le deben algo, sino mucho, al movimiento del análisis económico del derecho” (Posner, 2005, p. 10).

Para otros autores, el AED no solo contribuyó, sino que brindó los fundamentos de la desregulación neoliberal: “La economía, de hecho, proporcionó los fundamentos intelectuales del movimiento de la desregulación de los años ochenta” (Bejarano, 1999, p. 158).

Por lo antes expuesto, es innegable la contribución del AED al andamiaje teórico de las políticas neoliberales o de desregulación económica.

### **3. Aplicación del AED a la política criminal. Alcances y límites**

El AED es aplicable a las políticas públicas, y lógicamente es aplicable a la política criminal, en la medida que:

7 Pese a lo novedoso que suena el concepto, no se trata de una disciplina nueva, puesto que siglos antes habían existido acercamientos económicos a la legislación en las obras de Adam Smith, Jeremy Bentham y Karl Marx, pero comienza a destacar a partir de la década de los cincuenta del siglo XX en las facultades de Derecho y Economía, de la Universidad de Chicago, EE. UU. (Beyer, 1992, p. 2).

*permite considerar las leyes como incentivos para el cambio del comportamiento de los individuos y como instrumento para el logro de los objetivos de las políticas públicas (eficiencia y distribución) (...) En efecto, los instrumentos de la economía permiten pronosticar los efectos de las políticas sobre la eficiencia (Bejarano, 1999, p. 159).*

Una vertiente del AED más específica para el análisis de las políticas públicas es la escuela de las decisiones públicas (Public Choice School), según la cual las acciones y decisiones de los gobiernos están sujetas a las mismas fuerzas que regulan los mercados de bienes. Este planteamiento surge de estudios realizados por un grupo de economistas, impulsados por la precaria capacidad de predicción que tenían los métodos tradicionales con relación con el comportamiento de los gobiernos, los funcionarios y los políticos (Beyer, 1992, p. 6).

Sin embargo, el AED no puede considerarse una disciplina completa e infalible para la formulación de la política criminal, puesto que:

*La evidencia es aún insuficiente para admitir o refutar muchos aspectos de la teoría: uno de los mayores obstáculos, por supuesto, se refiere a las enormes dificultades de cuantificación. En esta área es necesario ahondar en metodologías apropiadas. Es aún muy pronto como para indicar la magnitud de los efectos de la economía sobre el derecho o del derecho sobre la economía (Bejarano, 1999, p. 167).*

El AED aporta una potente estructura teórica o un “fuerte esqueleto” explicativo; pero eso por sí solo no es suficiente para formular una política criminal. Para ello se requiere adicionar los estudios empíricos y conocimientos teóricos de otras disciplinas como la criminología y la dogmática jurídica penal (De Urbina Gimeno, 2004, p. 55).

#### **4. Críticas a la aplicación del AED en el campo penal o de la política criminal**

La crítica más usual a los enfoques basados en la teoría de la elección racional es que en la práctica los seres humanos no se comportan valorando continuamente los costos y beneficios de sus actos, como dice el supuesto de racionalidad. Es decir, en la práctica no existe el homo economicus (De Urbina Gimeno, 2004, p. 39).

En respuesta a esa crítica se dice:

*lo que pretende el enfoque de la elección racional al utilizar el homo economicus no es describir cómo son los seres humanos individuales, sino explicar y/o describir los fenómenos*

*sociales. Para ello, efectivamente, se opera mediante modelos que abstraen características de la realidad para facilitar su tratamiento, y esto se hace con plena conciencia de tratarse de idealizaciones (De Urbina Gimeno, 2004, p. 40).*

Otras críticas que se hacen al AED en este campo son, primera, el desconocimiento de la amplia información empírica sobre la conducta delictiva producida por otras disciplinas, y, segunda, la persistencia del AED en crear explicaciones teóricas de las decisiones individuales extremadamente idealizadas, con mucha abstracción de las concretas decisiones delictivas, limitando su aplicación al análisis empírico (De Urbina Gimeno, 2004, p. 53).

## **5. Relación de las políticas contra las pandillas y las políticas neoliberales**

Desde la década de los ochenta del siglo XX e inicios del actual milenio, en las grandes ciudades de los países desarrollados, especialmente en los Estados Unidos y en Europa, como consecuencia de la desregulación capitalista y la modernización tecnológica de la producción, la marginalidad y la pobreza han adoptado modalidades y características particulares e inéditas. A diferencia de décadas anteriores en las que tal pobreza era residual, cíclica, concentrada en comunidades obreras, y transitoria, es decir, superable mediante el crecimiento de la economía de mercado, actualmente es más prolongada, casi permanente, y desvinculada del crecimiento macroeconómico (Wacquant, 2001, pp. 164-169).

El sociólogo francés, Loïc Wacquant, profesor de la Universidad de Berkeley, afirma que mientras más avanzaba la desregulación de la economía capitalista, se ampliaba y profundizaba más lo que él llama “la nueva marginalidad”, y sostiene que, para septiembre de 1994, la Oficina de Censos de Estados Unidos informó que el índice de pobreza en ese país había crecido en los últimos diez años, llegando a cuarenta millones de pobres, a pesar del sólido crecimiento económico. Mientras tanto, la Unión Europea registraba oficialmente para ese mismo año un récord de cincuenta y dos millones de pobres (Wacquant, 2001, pp. 173).<sup>8</sup>

Para Wacquant, las políticas neoliberales repercutieron en el ámbito penal de manera contradictoria, porque mientras en lo económico se exige la mínima intervención del Estado, en el campo penal se pide una intervención máxima.

---

<sup>8</sup> Para febrero de 2015, en Estados Unidos había 49,6 millones de pobres que equivalen al 15 % de su población; en la Unión Europea, para 2010, se contabilizaban 80 millones de pobres (Marcus, 2015; “La cifra de pobreza”, 2015).

*Los mismos —países, partidos, políticos y profesores— que ayer (...) militaban en favor del “Estado mínimo” en lo que se refería a las prerrogativas del capital y la utilización de la mano de obra, exigen hoy con igual fervor “más Estado” para enmascarar y contener las consecuencias sociales deletéreas, en las regiones inferiores del espacio social, de la desregulación del trabajo asalariado y del deterioro de la protección social (Wacquant, 2010, p. 25).*

El caso que más destaca Wacquant sobre la aplicación de las teorías económicas a la política criminal es el modelo de “tolerancia cero”, impuesto a finales de los noventa por el exjefe de la Policía de Nueva York, William Bratton, quien:

Transforma las comisarías en “centros de ganancia”: la “ganancia” en cuestión es la disminución estadística de los delitos registrados. Y fundamenta todos los criterios de evaluación de los servicios en función de esta única medida. En resumidas cuentas, dirige la administración policial como un industrial lo haría con una empresa a la que sus accionistas consideraran de bajo rendimiento (Wacquant, 2010, p. 30).

El surgimiento del fenómeno de las maras o pandillas a inicio de la década de los noventa en El Salvador coincide con el auge de las políticas neoliberales, derivadas del llamado consenso de Washington. En este país el partido gobernante en aquel entonces aplicó dichas políticas en el ámbito económico y fiscal llevando a cabo un fuerte proceso de privatización de servicios públicos estratégicos y una reforma tributaria que desgravó el patrimonio e impuso tributos regresivos e inequitativos como el IVA; simultáneamente, como antes se expuso, en el campo penal impuso una política predominantemente punitiva, en concordancia con las concepciones de ese modelo económico, originadas en los países centrales.

## **6. Políticas punitivas contra las pandillas: una aplicación deformada del AED**

El Salvador no ha sido ajeno al llamado “imperialismo económico”<sup>9</sup> en sus políticas públicas. Lamentablemente la influencia del AED en las políticas de seguridad fue desnaturalizada mediante la imposición de modelos de “tolerancia cero” o “mano dura”, como fue conocido en nuestro país. Desnaturalización que no es exclusiva de El Salvador sino que, como afirman algunos expositores, ha ocurrido en general con los partidarios de la “ley y el orden” (De Urbina Gimeno, 2004, p. 62).

9 Tullock (1980) ofrece una explicación de esta expresión. Se considera a Gary Becker, padre del análisis económico del crimen, como uno de los máximos expositores del llamado imperialismo de la ciencia económica (Bejarano, 1999, p. 156).

Parte de esa deformación se debe a que con cierto prejuicio o desconocimiento, especialmente entre los penalistas de todas partes, se suele afirmar que del AED en el ámbito penal solo pueden derivarse propuestas severamente represivas, dado que dicha teoría pretende erradicar la delincuencia (De Urbina Gimeno, 2004, p. 55). Sin embargo, el objetivo fundamental del AED, especialmente en su vertiente de análisis económico del crimen (AEC), no es terminar con el crimen, sino minimizar el costo social del delito; el cual es igual a la suma del daño que cause y los costos de su prevención (Bejarano, 1999, p. 157); o como lo formuló el padre del AEC, Gary Becker: “¿Cuántos recursos y cuánto castigo debería usarse para aplicar diferentes tipos de legislación? Expresado de forma equivalente pero quizá más extraña: ¿cuántos delitos deberían permitirse y cuántos criminales deberían dejar de ser castigados?” (Becker, 1974, p. 2; traducción del autor).

Para responder a dicha pregunta, entre otros planteamientos, Becker sostenía que las teorías sobre las causas del delito son muchas y diversa; algunas ponen el énfasis en determinantes naturales y otras en factores sociales, pero todas coinciden en que, si otras variables se mantienen constantes, si se aumentan las penas o la probabilidad de su aplicación, el número de delitos que se cometen puede reducir, desde mucho hasta muy poco. Asimismo, según el conocimiento generalizado de los operadores judiciales, el incremento de la probabilidad de aplicación del castigo tiene un mayor efecto sobre la cantidad de delitos que un simple aumento de la pena (Becker, 1974, p. 9).

Al explicar en qué consiste la perspectiva económica del delito, Becker afirma que se ciñe al análisis común de los economistas, según el cual: “una persona comete un delito si la utilidad esperada que le generará cometer ese delito es superior a la utilidad que podría conseguir mediante el uso de su tiempo y recursos en otro tipo de actividades” (Becker, 1974, p. 9; traducción del autor).

En otras palabras, desde la perspectiva del AEC, una reducción de los delitos no se debe tanto al aumento de las penas por sí mismo —como se ha hecho en el caso salvadoreño—, sino más bien al incremento de la probabilidad de que las penas sean efectivamente cumplidas —contrario a lo que ocurre en El Salvador con un aproximado de 90 % de impunidad en los homicidios—. Por otra parte, mientras esa probabilidad de cumplimiento efectivo de la pena sea mínima o poca, el delincuente siempre estará motivado a delinquir porque el costo que tendría que pagar es menor al beneficio que obtendría como resultado de cometer el delito.

Para concluir, parece que estas nociones básicas del AED o de su vertiente más específica, el AEC, no han sido tomadas en cuenta por los formuladores y aplicadores de la política criminal contra las pandillas en El Salvador. En

primer lugar, porque por lo general discursivamente han propuesto la meta absoluta de terminar con las pandillas y los delitos que estas cometen, algo contrario a la meta del AED que es reducir los costos económicos y sociales de la delincuencia.

En segundo lugar, las políticas predominantemente punitivas, que han prevalecido hasta ahora, han privilegiado el aumento de las penas antes que la aplicación efectiva de la ley a los miembros de maras y pandillas, entendiendo esto como el logro de condenas mediante la acumulación y demostración de pruebas contundentes.

En tercer lugar, las políticas de mano dura en El Salvador han privilegiado el encarcelamiento masivo como supuesta medida eficaz contra la delincuencia de los pandilleros, ignorando que el análisis económico del crimen ha demostrado que los programas efectivos de prevención social pueden ser más eficientes, en términos de su capacidad de prevenir delitos, que el encarcelamiento masivo.<sup>10</sup>

A pesar de que hay más de 13 000 pandilleros presos, el fenómeno pandilleril no solo se mantiene, sino que se expande y muta constantemente a expresiones y modalidades delictivas cada vez más violentas, radicales y organizadas. En parte se debe que este es un fenómeno muy complejo, con fuertes raíces sociales, en el que la lógica del encarcelamiento, como precio a pagar, no funciona igual que para los delincuentes comunes; incluso puede funcionar a la inversa, como un beneficio dentro de la subcultura pandilleril, puesto que el pandillero encarcelado cobra notoriedad y gana más poder y prestigio dentro de su grupo.

---

10 Uno de los estudios que demostró la mayor eficiencia de los programas de prevención social sobre la encarcelación masiva es el artículo titulado "Asignando recursos entre las prisiones y los programas sociales en la lucha contra el crimen" (Allocating resources Among Prisons and Social Programs in the Battle Against Crime), publicado en 1998 por John Donohue III y Peter Siegelman (citado en De Urbina Gimeno, 2004, pp. 57 y 58).



## Bibliografía

Becker, G. (1974). Crime and Punishment: An Economic Approach. En *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. NBER. Recuperado de <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>

Bejarano, J. A. (1999). El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. *Revista de Economía Institucional*, 1. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/314/3216>

Beyer, H. (1992). Ronald Coase y su contribución a la teoría de la economía y el derecho. *Estudios Públicos*, 45. Recuperado de [http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1093\\_122/rev45\\_beyer.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1093_122/rev45_beyer.pdf)

De Urbina Gimeno, Í. O. (2004). Análisis económico del derecho y política criminal. *Revista de derecho penal y criminología*, (Extra 2), 31-74.

La cifra de pobreza en Europa se eleva a los 80 millones de personas. (16 de septiembre de 2015). *GuiaONGs*. Recuperado de <http://www.guiaongs.org/noticias/la-cifra-de-pobreza-en-europa-se-eleva-a-los-80-millones-de-personas-2-1-2170>

Marcus, C. L. (5 de febrero de 2015). La pobreza en Estados Unidos. *La Opinión*. Recuperado de <http://www.laopinion.com/2015/02/05/la-pobreza-en-estados-unidos/>

Martínez Ventura, J. (2005). *Límites democráticos al poder penal. Reformas a la seguridad pública y la justicia penal*. San Salvador: FESPAD Ediciones, Ediciones del Instituto, INECIP.

Posner, R. A. (2005). El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. *Revista de Economía y Derecho*, 2(7).

Tullock, C. (1980). Imperialismo económico. *Estudios públicos*, 1, 186-200. Recuperado de [http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1387\\_579/rev01\\_tullock.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1387_579/rev01_tullock.pdf)

Wacquant, L. (2001). *Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*. Buenos Aires: Manantial.

Wacquant, L. (2010). *Las cárceles de la miseria*. (2ª ed. Ampliada). Buenos Aires: Manantial.