

Eficiencia y Derecho Penal (*)

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra

1. PRELIMINARES

El análisis de hasta qué punto las consideraciones de eficiencia desempeñan algún papel en el ámbito del Derecho penal plantea, de entrada, la necesidad de aclarar *tres extremos*. En primer lugar, la justificación del planteamiento de la cuestión. En efecto, resulta, por un lado, que la corriente de «*Law and Economics*», o análisis económico del Derecho, ha surgido en el ámbito del Derecho privado y del «*case law*» anglo-norteamericano (1). En ese contexto, se suele indicar que sus innovaciones más significativas son «la utilización de técnicas como el análisis coste-beneficio en la elaboración de las políticas jurídi-

(*) Abreviaturas utilizadas: *AFD*: Anuario de Filosofía del Derecho; *BJC*: British Journal of Criminology; *Col.LR*: Columbia Law Review; *GA*: Goltdammer's Archiv für Strafrecht; *IURIS*: Quaderns de Política Jurídica. Departament de Justícia. Generalitat de Catalunya; *JZ*: Juristenzeitung; *KrimJ*: Kriminologisches Journal; *KritV*: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft; *MschrKrim*: Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform; *RCEC*: Revista del Centro de Estudios Constitucionales; *RFDM*: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; *YLJ*: The Yale Law Journal; *ZJRS*: Zeitschrift für Rechtssoziologie; *ZStW*: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

(1) Cfr. WERNER, *Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht: Eine modernistische Variante generalpräventiver Tendenzen?*, *KritV* 4/1992, pp. 433-451, pp. 433-435. En este texto se prescindirá de examinar las diferencias que separan a las dos grandes escuelas del análisis económico del Derecho: la de Yale (con G. Calabresi a la cabeza) y la de Chicago (con R. Posner como más significado representante). Cfr. el excelente resumen de las principales posiciones de ambas y de la «tercera vía» en MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho. Un intento de reconstrucción teórica*. Madrid 1994, pp. 58 y ss. De todos modos, las tesis del grupo de Chicago serán aquí referencias más próximas.

cas y en la justificación de las decisiones judiciales, la apertura decidida del discurso jurídico al tema de las consecuencias económico-sociales del Derecho, o la consideración de la eficiencia económica como valor jurídico» (2). En cambio, por otro lado, no pocos establecen una estrecha vinculación entre las construcciones del Derecho penal (continental) —sobre todo en lo relativo a la dogmática del delito— y los razonamientos de la *ética de principios*, de raíz kantiana (3). Así las cosas, cabría pensar que el mero planteamiento del tema está fuera de lugar. En efecto, el sistema del Derecho penal tendría una configuración cerrada y apriorística en la que las consideraciones de eficiencia quedarían absolutamente excluidas (4). Frente a tal opinión, sin embargo, lo cierto es, en primer lugar, que en el desarrollo de la Política criminal, desde la aparición de las doctrinas de justificación del Derecho penal «*ne peccetur*» hasta las construcciones actuales de un autor como *Jakobs*, por ejemplo, siempre han ocupado un lugar sustancial los razonamientos consecuencialistas (5). En particular, autores como *Bentham*, *Beccaria*, o *Feuerbach* han sostenido sus conocidas tesis sobre la base de argumentos de muy preciso contenido económico.

Ello explica la siguiente declaración conclusiva en el pionero trabajo de *Gary Becker*: «Lest the reader be repelled by the apparent novelty of an «economic» framework for illegal behavior, let him recall that two important contributors to criminology during the eighteenth and nineteenth centuries, Beccaria and Bentham, explicitly applied an economic calculus. Unfortunately, such an approach has lost favor during the last hundred years, and my ef-

(2) MERCADO, *El análisis*, p. 23.

(3) Sobre la contraposición entre el enfoque utilitarista que sirve de base a la corriente del análisis económico del Derecho y la filosofía clásica alemana, *cfr.* RAHMSDORF, *Ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR), Utilitarismus und die klassische deutsche Philosophie*, *Rechtstheorie* 18 (1987), p. 487: el modelo de razonamiento del «análisis económico del Derecho» es un modelo consecuencialista próximo a la escuela filosófica del utilitarismo que opera frecuentemente con un cálculo de ponderación presidido por la idea de «máxima felicidad para la mayoría», mientras que la ética clásica alemana de origen kantiano rechaza de modo riguroso las consideraciones de utilidad o consecuencialistas como base de una valoración moral de las acciones. Ello, con independencia de que sea posible establecer algunas vías de comunicación entre ambas tendencias, como en el propio trabajo de Rahmsdorf se pone de manifiesto.

(4) Reconoce esta apariencia que suscita el Derecho penal POSNER, *An Economic Theory of the Criminal Law*, *Col. LR* 85, 1985, pp. 1193-1231, p. 1194, acabando, sin embargo, por concluir (p. 1230) que responde a una evidente lógica económica, que, aunque no sea explícita, sí aparece de modo implícito en jueces y legisladores.

(5) Cuestión distinta es la de en qué medida esa «orientación a las consecuencias» se traslada de la Política criminal a la propia teoría jurídica del delito o a la dogmática de los tipos de la Parte especial. Otro problema es, además, qué cabe entender por «orientación a las consecuencias», o de qué consecuencias se trata. Ello, tanto en la Política criminal, como en la propia dogmática: esto es, si se entiende que se trata aquí de un puro análisis instrumental o, más bien, que debe entrarse también en análisis valorativos. El debate entre las opciones representativas de una mera «*Zweckrationalität*» y las que consideran también una «*Wertrationalität*» queda así planteado.

forts can be viewed as a resurrection, modernization, and thereby I hope improvement, of these much earlier pioneering studies» (6).

Pero es que, en segundo lugar, de una parte, la propia dogmática de la teoría del delito tiende a elaborarse desde perspectivas teleológicas, muy aptas para acoger en su seno consideraciones de eficiencia. De otra parte, la vinculación entre las concepciones del Derecho penal y el análisis de eficiencia económica se hace especialmente evidente en nuestro tiempo, en que desde muy diversas perspectivas se promueve un Derecho penal cuya metodología se oriente a las ciencias sociales (7). Ciertamente es que, al menos en el ámbito continental, por un lado, el consecuencialismo en Derecho penal ha hallado y halla especialmente hoy no pocos contradictores. Y que, por otro lado, el pensamiento consecuencialista más extendido está siendo, en el ámbito del Derecho penal, el funcionalista, y no precisamente el del análisis económico (8). Pero, en todo caso, ello muestra que el planteamiento de la cuestión relativa a la eficiencia en Derecho penal no sólo no está fuera de lugar sino que, por el contrario, resulta perfectamente oportuno en un momento en que la discusión entre principialistas y consecuencialistas se halla en pleno apogeo (9).

Una segunda cuestión que procede aclarar es qué cabe entender por eficiencia. En realidad, lo primero que habría que determinar al respecto es si el análisis económico de los fenómenos humanos (y entre ellos, del Derecho) parte tan sólo de la *eficiencia como principio normativo*, que opera a modo de baremo de corrección ideal de actos o regulaciones, o, además, parte del *actuar eficiente como un fenómeno real*, existente (10).

(6) BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1968), en Becker/ Landes, *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York 1974, p. 45. También POSNER, *Col.LR* 85, 1985, p. 1193 reconoce a Beccaria y Bentham el papel de precursores; EL MISMO, *Economic Analysis of Law*, 4.ª ed., Boston / Toronto / London 1992, p. 22, nota 2.

(7) Cfr. simplemente la obra de HASSEMER/ LÜDERSSEN/ NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* Frankfurt 1983. Sobre el hecho de que el «análisis económico del Derecho» rescita el viejo tema de la posibilidad de estudiar el Derecho desde las ciencias sociales, MERCADO, *El análisis*, p. 33.

(8) Sobre el carácter «consecuencialista» del análisis económico del Derecho, MERCADO, *El análisis*, p. 49.

(9) No en vano, la *Strafrechtslehrertagung*, reunión anual de los penalistas de lengua alemana, que en 1995 se celebró en la ciudad de Rostock en los días 25 al 28 de mayo, llevaba por título el sugerente tema «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropaischem' Prinzipiendenken». Discutiendo, con razón, que esos sean los exactos términos de la discusión jurídico-penal en el momento actual, SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, GA 1995, 201-229, en especial 217-218.

(10) Tiene sentido plantear la cuestión porque, como veremos, por un lado, al analizar, entre otras, la conducta delictiva se parte del *actuar eficiente como una realidad (empírica)* característica del hombre, que se concibe como *homo oeconomicus*; por otro lado, en cambio, al analizar las regulaciones jurídicas —indudables productos humanos— en absoluto se da por sentado que sean productos eficientes, sino que por el contrario se confrontan con el *principio (normativo) de eficiencia*, a fin de promover precisamente su mayor eficiencia. Ello es debido a que, incluso a partir de la idea de que los hombres se comportan como individuos racionales, maximizadores de sus intereses

Resuelto esto, sería preciso establecer qué cabe entender por eficiencia como principio jurídico, o adaptación jurídica de un concepto económico (11). Como es sabido, se manejan al respecto conceptos diversos, siendo usual la contraposición de los de *Pareto* y *Kaldor-Hicks* (12). La consideración de la eficiencia en el ámbito del Derecho penal parece que debe servirse de este último que, sin duda, resulta el más próximo a la *tradición del utilitarismo*, en la que deben buscarse los precedentes de cualquier análisis de eficiencia económica en nuestra disciplina (13). En efecto, cuando se habla de eficiencia en Derecho penal, parece pensarse ante todo en esto: no precisamente en la conducta que aportando beneficios para todos no perjudica a nadie (no es vetada por nadie) (14), sino en aquella conducta cuyos beneficios globales (sociales) superan a los costes, con independencia de que estos costes recaigan sobre alguien en concreto y, en esa medida, le perjudiquen (15).

A mi entender, no puede cabe duda de que el análisis económico del Derecho se sitúa en el marco general de las corrientes utilitaristas. Ello, de entrada, quiere decir que quien se muestre crítico frente al utilitarismo, *a fortiori* habrá de mostrarse crítico con la metodología del análisis económico del Derecho. Ahora bien, el movimiento de «*Law and Economics*», al menos en sus manifestaciones más ortodoxas, aparece como una versión estrecha del utilitarismo, en la medida en que el baremo que se acoge es el del «*wealth maximization principle*» entendido por reconducción a precios, a dólares (16). De ahí que podría suceder que incluso partidarios del utilitarismo se muestren críticos frente al principio de eficiencia económica tal como lo entiende el análisis económico del Derecho (17). En realidad —y el tema es aquí de no poca trascendencia— es posible que el mo-

privados, la eficiencia social requiere un mercado de competencia perfecta (definido por un elevado número de compradores y vendedores de forma que ninguno pueda influir sobre el precio, que poseen una información completa en el proceso de determinación del precio y en el que todos los recursos son libremente transferibles) (MERCADO, *El análisis*, p. 134).

(11) Al respecto, EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Diss. München April 1994, subrayando de entrada (pp. 20 y ss.) la vinculación de esta noción con el utilitarismo, aunque luego pone de relieve diferencias (pp. 178 y ss., 187 y ss., 321-322).

(12) Sobre ellos, KÜBLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, en *Festschrift für Ernst Steindorff*, Berlin / New York 1990, pp. 687-704, p. 694-695; de modo extenso, EIDENMÜLLER, *Effizienz*, p. 46 y ss., 50 y ss., respectivamente.

(13) Sobre la relación entre el utilitarismo y el análisis económico del Derecho, cfr. SEIDMAN, *Soldiers, Martyrs, and Criminals: Utilitarian Theory and the Problem of Crime Control*, *Y LJ* 94, 1984, pp. 315-349, p. 315 nota 3; en concreto, sobre el utilitarismo de la *regla* y del *acto* en relación con el análisis económico del Derecho, p. 318.

(14) En la línea de PARETO.

(15) En la línea del teorema de KALDOR-HICKS, según el cual una medida es correcta cuando las ganancias de los beneficiados superan las pérdidas de los perjudicados de modo que los primeros pueden indemnizar a los segundos.

(16) Cfr. MERCADO, *El análisis*, p. 57.

(17) Ese podría ser el caso de CID MOLINÉ, *¿Pena justa o pena útil?*, Madrid 1994, pp. 271 y ss., cuando, tras pasar revista al debate español sobre los fines de la pena, acoge una tesis utilitarista (por ejemplo, pp. 284 y ss., 287, 291: «creo que el utilitarismo justifica las garantías penales del liberalismo porque, con carácter general, mediante ellas es posible el doble objetivo de minimizar la violencia por parte del resto de individuos y de minimizar la violencia del estado»).

delo utilitarista tenga una mayor capacidad de integración de la valoración de derechos, libertades o garantías que el modelo del análisis económico. Porque, como se verá, una cuestión central en relación con el principio de eficiencia es la de cómo incluir en el cálculo de coste-beneficio principios de libertad, dignidad o proporcionalidad. Algo que, probablemente ofrecería menos dudas desde modelos de utilitarismo de la regla como los que pueden subyacer a las tesis contractualistas.

En tercer lugar, debe aclararse qué se entiende por Derecho penal, a la hora de establecer análisis de eficiencia y cómo se va a abordar aquí la relación entre uno y otra. Porque, desde luego, el enfoque más directo de la cuestión consistiría en examinar el sistema penal de control en su conjunto —«*criminal law enforcement system*»— (organización de la policía, aspectos orgánicos, procesales, sustantivos, penitenciarios, del ordenamiento jurídico-penal) y determinar, mediante los correspondientes cálculos, su grado de eficiencia. Un enfoque de esta índole, necesariamente econométrico, escapa a nuestras posibilidades (18). Por ello, parece claro que aquí cabe efectuar dos consideraciones básicas. Por un lado, que nuestra perspectiva será estrictamente metodológica, o de principio. Por otro lado, que tal perspectiva puede aplicarse a dos grandes bloques de cuestiones. De una parte, a la Política criminal, entendida como conjunto de principios fundadores del *ius puniendi*. De otra parte, a la Dogmática del delito, como conjunto de estructuras y principios de imputación del hecho delictivo. Ya de entrada conviene indicar que, por obvias razones de limitación de espacio, esta segunda parte habrá de quedar fuera de la presente exposición.

2. EL DELITO COMO CLASE DE ACTOS INEFICIENTES Y EL DELINCUENTE COMO SUJETO RACIONAL

El análisis económico del Derecho penal supone, como se ha podido comprobar, la adopción de una perspectiva consecuencialista y orientada a las ciencias sociales en el análisis de los fenómenos jurídico-penalmente relevantes. Desde esta perspectiva, en primer lugar, el delito es, obviamente una clase de los actos socialmente indeseables porque sus consecuencias, esto es, el daño que cabe esperar de aquél es superior a los beneficios sociales que, asimismo, cabe esperar que el mismo aporte (19). Por eso resulta posible calificar al delito como he-

(18) Un trabajo muy interesante en esta línea, para el conjunto del sistema judicial, es el de PASTOR PRIETO, *¡Ah de la Justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, con amplias referencias; una aplicación de este modelo de análisis en un campo concreto se encuentra también en PASTOR PRIETO, *Heroína y política criminal. Un enfoque alternativo*, en La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales), Madrid 1986, pp. 225 y ss.

(19) SHAVELL, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as deterrent*, Col.LR 85, 1985, pp. 1232-1262, p. 1234. Sobre el coste del delito, *cfr.*, de modo general, BECKER, en Becker/ Landes, *Essays*, pp. 2 y ss.

cho ineficiente caracterizado por la transferencia puramente coactiva de riqueza (20), realizada al margen del mercado, que constituye el medio de la más eficiente asignación de recursos. Esto, que se corresponde con la clásica visión de *malum actionis* (21), es obvio: si el delito fuera beneficioso o simplemente neutro, carecería de sentido tratar de evitar su comisión (22).

Ahora bien, sentado que el delito es un acto ineficiente (23), la cuestión es cómo hacer frente a su comisión tratando, al menos, de reducir su frecuencia a fin de que, en su conjunto, el sistema sea lo más eficiente posible. Aquí es donde debe introducirse, a mi juicio, uno de los axiomas fundamentales de esta perspectiva metodológica.

La economía —se dice— es la ciencia de la elección racional en un mundo en el que los recursos son limitados en relación con las necesidades y deseos humanos. La conducta humana sigue el criterio de la elección racional, tratando de conseguir su propio interés en la mayor medida posible. Tratando de conseguirlo, los sujetos responden a incentivos (24).

A partir de ahí, el análisis económico del Derecho penal sostiene que los destinatarios de éste son sujetos racionales, que, también en su actuación delictiva, obran siguiendo consideraciones de eficiencia, esto es, calculando los costes y beneficios que cada acción les reporta (25). Ello determina que si, en el margen de información de que se dispone,

(20) En detalle sobre los mecanismos a través de los que ello sucede, POSNER, *Col. LR* 85, 1985, 1195 y ss.

(21) Cfr. BENTHAM, *Compendio de los Tratados de legislación civil y penal*. Tomo I (con notas por D. Joaquín Escriche), 2.ª ed., Madrid 1839, p. 28: «...resulta que hay actos que producen más mal que bien; y con efecto los actos tenidos por tales con razón o sin ella son los que los legisladores han prohibido con ciertas penas, convirtiéndolos en delito, que no es otra cosa que un acto prohibido»; pp. 32-33. EL MISMO, *Compendio*, Tomo II, p. 3.

(22) BENTHAM, *Compendio*, II, p. 49: «La pena es mal fundada cuando no hay verdadero delito, ni mal de primero ni de segundo orden, como en la herejía y el sortilegio, o cuando el mal está más que compensado con el bien, como en la defensa de sí mismo».

(23) Lo que tiene, además, la no menospreciable consecuencia de que el delito lo es en sí y no meramente en virtud de una definición o etiquetamiento (en la línea del *labelling approach*).

(24) POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., pp. 3-4.

(25) Cfr. EHRLICH, *Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis* (1973), en Becker / Landes, *Essays*, pp. 68-134, p. 70: «Any violation of the law can be conceived of as a yielding a potential increase in the offenders pecuniary wealth, his psychic well-being or both. In violating the law, one also risks a reduction in one's wealth and well-being (...) As an alternative to violating the law one may engage in a legal wealth or consumption-generating activity, which may also be subject to specific risks. The net gain in both activities is thus subject to uncertainty»; WITTIG, *Der rationale Verbrecher. Der ökonomische Ansatz zur Erklärung kriminellen Verhaltens*, Berlin 1993, p. 176: en efecto, para la teoría económica de la criminalidad el delito es una actividad económica que se rige, como todas, por la ley de la oferta y la demanda. Sobre los costes y beneficios de diversa índole en el caso del delito y de sus alternativas, POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 223.

una de las alternativas de comportamiento se hace menos ventajosa, por una variación de las circunstancias, disminuye la probabilidad de que se opte por ella (26). En particular, un sujeto cometerá un hecho delictivo sólo si la sanción esperada es inferior a los beneficios privados esperados de la comisión del acto (27). Tal descripción responde a la teoría (criminológica, en nuestro caso) del comportamiento racional, o del «*rational choice*»: en otros términos, de la imagen del hombre como «*homme machine*» u «*homo oeconomicus*» (28), opuesto a un «*homo sociologicus*». El pensamiento económico de la criminología, en efecto, no busca la respuesta a la pregunta acerca de por qué delinquen los hombres en condiciones de la personalidad o del ambiente, sino que trata de explicar la criminalidad como un comportamiento basado en la decisión racional que trata de maximizar el beneficio: tanto los hombres en general, como los delincuentes en particular, responden a incentivos en este sentido (29). Este modelo, además, permite sostener, frente a lo que otras concepciones defienden, que entre el sujeto delincuente y el no delincuente no hay diferencias estructurales (no hay un sujeto «normal» y un sujeto «desviado»), sino que ambos operan siguiendo idénticos principios. Son, en definitiva, factores situacionales, o de confluencia de motivaciones favorables y contrarias, los que dan lugar o no a la comisión del hecho delictivo (30). Como se observará, consideraciones liberales de igualdad formal entre los ciudadanos no son en absoluto ajenas

(26) KIRCHGÄSSNER, *Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre?*, JZ 1991, pp. 104-111, p. 106. Por razones de elasticidad de la demanda.

(27) SHAVELL, *Col. LR* 1985, p. 1235; POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 223.

(28) Sobre este modelo de hombre RADBRUCH, *Der Mensch im Recht* (1927), en *Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts*, 2.ª ed., Göttingen 1957, pp. 9-22, p. 12. Ahí se muestra este modelo de hombre, egoísta e inteligente, que simplemente persigue su interés individual bien entendido, como un producto de las tesis de la Ilustración y del Derecho natural. Se trataría del modelo de hombre propio del Estado liberal, cuya consideración repercutiría en todas las ramas del Ordenamiento jurídico (p. 14). En este mismo sentido TORIO LÓPEZ, *El sustrato antropológico de las teorías penales*, RFDUM 11 monográfico (Estudios de Derecho penal en homenaje al Prof. Jiménez de Asúa), junio 1986, pp. 667-678, pp. 671 y ss., 673. Cfr. también KIRCHGÄSSNER, JZ 1991, p. 110; WERNER, *KritV* 4/1992, pp. 443 y ss.; KUNZ, *Kriminologie*, Bern / Stuttgart / Wien 1994, p. 85 n.º marg. 3. Relacionando a este modelo de hombre con la economía neoclásica, WITTIG, *Der rationale*, p. 176; MERCADO, *El análisis*, pp. 112 y ss. Cfr., en fin, CALSAMIGLIA, *Justicia, eficiencia y Derecho*, en RCEC 1, sept.-dic. 1988, pp. 305-335, pp. 311 y ss.

(29) Muy clara la contraposición entre ambos modelos (o entre ambas formas de entender la criminalidad) en SMETTAN, *Kosten, Nutzen und Risiko des Straftäters*, *MschKrim* 1992, pp. 19-31, pp. 20-21. Por lo demás, sobre el «*homo oeconomicus*» han sido muy significativas las investigaciones empíricas de Isaac Ehrlich. Cfr., sobre todo, EHRlich, *Participation*, en Becker / Landes, *Essays*, pp. 68 y ss., 111; también, por ejemplo, EHRlich, *On positive Methodology, Ethics, and Polemics in Deterrence Research*, *BJC* 22-2 (April 1982), pp. 124-139.

(30) KUNZ, *Kriminologie*, pp. 85-86, n.º marg. 4.

a esta forma de ver las cosas. Pero debe subrayarse cómo el efecto es considerablemente menos estigmatizante y más realmente igualitario que el de otros principios supuestamente más «progresistas».

En lo anterior ha quedado establecido que la teoría económica del delito parte de que los hombres actúan en virtud de cálculos de coste-beneficio incluso a la hora de cometer delitos (31). Conviene entonces añadir, por un lado, que ello no sería específico de modelos de individuos especialmente calculadores (así, de la delincuencia económica o, en general, de la criminalidad organizada), sino que podría predicarse de modo general (32). Ahora bien, por otro lado, también es cierto que la proposición central podría formularse en términos más moderados señalándose que, en todo caso, la decisión de cometer un delito no tiene lugar de modo independiente de incentivos tal como éstos se perciben convencionalmente (33). Asimismo, cabría admitir que las conminaciones penales no tengan el mismo efecto en determinados grupos de individuos o de delitos (34).

Como es obvio, la crítica fundamental a este planteamiento es de índole metodológica general. Se trata de cuestionar si el modelo de «*homo oeconomicus*» responde, no ya a la imagen de hombre que debe tener el Derecho penal, sino el Derecho en general. A este respecto, señala ahora taxativamente *Kunz*:

«El cálculo económico del castigo de la escuela clásica se ajustaba a una sociedad de *citoyens* iguales, emancipados económica y políticamente. Con el advenimiento del proletariado industrial y un creciente endurecimiento de la confrontación de clases pierde la concepción de Beccaria su referencia social» (35).

(31) Aunque con algunos matices: quizá no todos; entendiéndose por incentivo no sólo aquello que sea formulable en términos de precio; y, en fin, sin excluirse variaciones en cuanto al poder de incidencia de los incentivos en atención a las diversas características de la personalidad: EHRlich, *BJC* 22-2, 1982, pp. 126-127. Asimismo, EHRlich, en Becker / Landes, *Essays*, p. 111, concediendo que la idea de que los delincuentes, como grupo, responden a incentivos no implica que el grado de su respuesta sea idéntico al resto de la gente o que sean similares al resto en los demás aspectos.

(32) POSNER, *Economic Analysis*, 4.^a ed., p. 224.

(33) EHRlich, *BJC*, 22-2, 1982, p. 136: «there is no a priori scientific reason to rule out the possibility that offenders respond to incentives or that both certainty and severity of punishment deter crime». Sin embargo, y ello es importante, EHRlich, en Becker / Landes, *Essays*, p. 111: «We do emphasize, however, the role of opportunities available in competing legitimate and illegitimate activities in determining the extent of an offender's participation in the latter and thus, indirectly, also in determining the extent of his response to incentives». La evidencia de la incidencia en toda esta materia de los «costes de oportunidad» de la acción delictiva, se pone, así, de relieve.

(34) FRANK, *Ökonomische Modelle der Abschreckung*, *KrimJ* 1987, pp. 55-65, p. 55.

(35) KUNZ, *Kriminologie*, p. 89-90, n.º marg. 1. Crítico de modo manifiesto, HERZOG, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts?*, Frankfurt 1987, p. 41.

La idea aparece con gran claridad en *Radbruch*, quien entiende que entonces

«...se muestra que el hombre delincuente no está en absoluto en condiciones de ponderar fríamente ventajas e inconvenientes de su conducta y elegir el camino más beneficioso para él, que más bien es preciso corregirlo, esto es, alzarlo para que entienda su propio interés y siga su interés correctamente entendido» (36).

En el ámbito del Derecho penal, esta postura contraria dió lugar a la concepción del delincuente como sujeto patológico (*homo sociologicus*) (37) que está en la base de la Política criminal de finales del S. XIX y principios del S. XX. Esta, correlato de las ideas del Estado social, explica, por ejemplo, la introducción de las medidas de seguridad, incluso con voluntad de sustituir a la pena, y la difusión de la ideología terapéutica.

Así las cosas, el tema central sería el de la determinación de si el modelo de hombre del Estado moderno es el del Estado liberal o el del Estado social o, más bien, una superación de ambos, en cuyo caso correspondería analizar cuáles son sus características. Con todo, la discusión sobre las «imágenes de hombre» en el Derecho probablemente desbordaría con mucho lo que es posible en este marco. Entraremos, por ello, más bien, a analizar si el delincuente puede ser estimado un *homo oeconomicus* y, en su caso, en qué medida. El estado de la cuestión es relativamente fácil de describir. Muchos de los penalistas y, sobre todo, los criminólogos de nuestra cultura jurídica niegan esta proposición de modo bastante categórico, sentando su falta de realismo (38), siempre, o casi siempre, en la línea de privar de fundamento a las tesis clásicas de la prevención general negativa o intimidatoria (39). Con frecuencia se alude, a tal efecto, a ejemplos provenientes de la criminalidad juvenil o pasional. Así reprocha *Hassemer* a la rigidez jurídico-racionalista de la idea preventiva general que

«desprecia soberanamente la "irracionalidad" fáctica de las personas. La teoría de la prevención general espera un *homo oeconomicus* que generalmente no existe. Supone que el delincuente potencial pondera los inconvenientes y ven-

(36) RADBRUCH, *Der Mensch*, pp. 15-16. La tesis de la «corrección» pone de relieve la existencia de una pluralidad de tipos psicológicos de sujetos, frente al tipo único antes definido: así se distinguen el delincuente ocasional y el habitual, el corregible y el incorregible.

(37) Lo apunta RADBRUCH, *Der Mensch*, p. 16: «La nueva doctrina del Derecho penal puede denominarse con razón doctrina sociológica del Derecho penal, porque atribuye relevancia jurídica a una serie de elementos hasta ahora sólo sociológicos»; «la nueva imagen del hombre es, en relación con el esquema de libertad, egoísmo e inteligencia de la época liberal, un tipo mucho más próximo a la vida, en cuya concepción se incluye la situación de poder intelectual, económica y social del sujeto jurídico».

(38) WITTIG, *Der rationale*, pp. 159-160.

(39) De modo ejemplar, últimamente, SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik für Menschen*, Frankfurt 1991, pp. 37 y ss., en especial, a este respecto, pp. 40-41. También WITTIG, *Der rationale*, p. 161.

tajas de su hecho y que luego desiste de cometerlo porque el sistema jurídico-penal, con la conminación penal y con la posibilidad de ejecución de la pena, ha tenido cuidado de que no merezca la pena cometerlo» (40).

En efecto, siempre según *Hassemer*,

«...la psicología del delincuente potencial sólo raras veces alcanza el grado de racionalidad que presupone la teoría de la prevención general. Como han demostrado especialmente las investigaciones sobre el efecto intimidatorio de la pena de muerte (actualmente abolida), el delincuente normalmente no se motiva por la amenaza de esta pena, sino por la idea de cuáles son las posibilidades de no ser descubierto» (41).

Más fácil, con todo, parece ser la aceptación del modelo de *homo oeconomicus* para la delincuencia económica (42). Para los demás casos, la tesis del comportamiento racional y de la consiguiente motivación por la conminación penal es tachada de «demasiado simple» (43) o, sencillamente, de no mostrar verosimilitud real, por no ser conforme con los desarrollos y las investigaciones empíricas de las ciencias sociales: la psicología cognitiva, en particular (44). Esta, en efecto, conduciría a una crítica general del modelo porque pone de relieve que, debido al desconocimiento del sistema de preferencias y del estado de información del sujeto, no es posible conocer qué alternativa de comportamiento aparece como más útil en el caso concreto (45). Así, se parte de que el hombre, dadas sus limitaciones en la obtención y el procesamiento de información, no actúa nunca de modo plenamente racional, sino que se dan variables en función de valores, conviccio-

(40) HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, (trad. y notas Muñoz Conde/ Arroyo Zapatero), Barcelona 1984, p. 384, aprovechando para criticar el análisis económico del Derecho en nota 76.

(41) HASSEMER, *Fundamentos*, p. 386. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik*, p. 41, subrayando asimismo que, en todo caso, lo que influye es el riesgo de ser descubierto y perseguido más que el de ser castigado en una medida concreta.

(42) HASSEMER, *Fundamentos*, p. 386; KUNZ, *Kriminologie*, pp. 88-89 n.º marg. 10. Cfr., además, SCHÜNEMANN, ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? (trad. Rodríguez Montañés), en *Jornadas sobre la «Reforma del Derecho penal en Alemania»*, Madrid CGPJ 1991, pp. 31 y ss., 44: «Puede ser que en los delitos cometidos espontáneamente, como enseña la investigación criminológica, no se consiga gran cosa con el agravamiento de la pena, pero existen razones de peso y, en mi opinión, las mejores razones para que rija algo distinto en el sector de la criminalidad económica, planteado según cálculos de utilidad-coste y, por ello, racionalmente calculado, en tanto que sólo el riesgo de ser descubierto no puede ser descuidado por el autor».

(43) KUNZ, *Kriminologie*, p. 88 n.º marg. 10; WITTIG, *Der rationale*, p. 179: el modelo no se ajusta a la complejidad del hombre.

(44) LUDERSSEN, *Law and Economics en la Política Criminal*, en Dret, economía i empresa, *IURIS* 3/1994, pp. 57-71, pp. 66 y ss., poniendo de relieve que la psicología cognitiva ha mostrado la importancia de las reacciones rutinarias o de los hechos irracionales, incluso, sorprendentemente, en el campo del delito económico. Asimismo, HERZOG, *Prävention*, pp. 46, 47-48; WITTIG, *Der rationale*, pp. 102 y 103-104.

(45) WITTIG, *Der rationale*, p. 138.

nes, etc. (46). La consecuencia de esta planteamiento sería, en definitiva, el redescubrimiento de la diversidad de los individuos, permitiendo rechazar la novedad revolucionaria de la teoría económica, a saber, su mecanicismo asentado sobre «la calculabilidad del comportamiento criminal» (47).

Ahora bien, lo cierto es, en primer lugar, que desde el planteamiento criticado nunca se ha pretendido afirmar que en el comportamiento delictivo sólo incidan cálculos de coste-beneficio, sino que se admite obviamente la existencia de otros factores en la comisión de delitos (48). En segundo lugar, incluso los autores contrarios a las tesis del delincuente racional no dejan de reconocer que los incrementos o disminuciones del grado de probabilidad de ser aprehendido y sancionado sí inciden sobre el individuo. Ahora bien, eso es un reconocimiento tácito de que el delincuente, en una medida por determinar, si así se quiere, no es del todo ajeno a un cálculo racional de costes como el reseñado (49). En tercer lugar, de la teoría del comportamiento racional se extrae una consecuencia nada desdeñable en el cuadro general de una Política criminal humana: a saber, si lo que mueve al delincuente es que el delito le reporta más beneficios que un comportamiento legal alternativo, parece evidente que la criminalidad no sólo se afecta por variables en la disuasión, que introduzcan mayores costes sobre la acción delictiva, sino también por variables en las alternativas legales, que las hagan aparecer como más beneficiosas: por ejemplo, una reducción del paro (50). En fin, en cuanto a la fiabilidad empírica, del lado de los autores que sostienen el análisis económico del Derecho se aporta un arsenal empírico en favor de sus tesis que no se encuentra suficientemente desmentido en el otro lado (51).

(46) WITTIG, *Der rationale*, pp. 159-60.

(47) WITTIG, *Der rationale*, p. 178.

(48) Lo pone de relieve VANBERG, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, Tübingen 1982, pp. 28 y ss.; aspectos morales, sociales, etc.; KIRCHGÄSSNER, *JZ* 1991, pp. 106-107.

(49) Así VANBERG, *Verbrechen*, pp. 22 y ss.: por un lado, desde el momento en que se acepta que el sujeto realiza algún cálculo, aunque se refiera sólo al mero hecho de ser o no descubierto, ya se está aceptando el principio; por otro lado, el que se rechace la existencia de una total eficacia intimidatoria no tiene en cuenta que la finalidad pretendida es la contención y no una imposible erradicación del delito. Como añade KIRCHGÄSSNER, *JZ* 1991, p. 108, hay buenas razones para partir de esa auto-utilidad, aunque se acepte también la idea de que, en muchas ocasiones, los hombres se comportan de manera desinteresada.

(50) Cfr. FRANK, *Die «Rationalität» einer ökonomischen Analyse des Rechts*, *ZfRS* 7 (1986), pp. 191-211, 205-206; EL MISMO, *KrimJ* 1987, p. 56 y, sobre todo, 59-60.

(51) Son fundamentales los trabajos de Ehrlich, tanto los ya citados como otros; sobre estas y otras investigaciones que probarían el efecto preventivo de modificaciones en la gravedad de la pena y en la probabilidad de ser aprehendido, VANBERG, *Verbrechen*, pp. 37 y ss.; FRANK, *KrimJ* 1987, 56-58.

De hecho, son otros los aspectos que, desde mi punto de vista, pueden resultar más problemáticos (52). Así, en particular, si el modelo parte de un cálculo individual realizado por cada sujeto, en términos de la denominada *Subjective Expected Utility* (53), lo cierto es que resulta inevitable entrar en un ámbito en el que los conceptos de coste y beneficio puedan llegar a ser distintos para cada individuo (54). En efecto por un lado, como señala *Mercado* (55):

«Al no existir algo que pueda medir la utilidad, se puede atribuir esta finalidad a cualquier comportamiento; partiendo de que todo individuo actúa según su propio interés, o según sus deseos o preferencias, y no definiendo lo que se entiende por interés, es casi imposible demostrar que alguien actúa en contra de sus intereses...».

Por otro lado, la cuantificación de los denominados «costes morales» (56), parece que podría conducir a la disolución del propio modelo: pues, ciertamente, resulta discutible que todo eso pueda reducirse a un «precio».

Como apunta *Koller*, a la vista de la pluralidad y complejidad de factores que han de tenerse en cuenta, «scheint sich von vornherein ihrer Zurichtung für die Erfordernisse eines extrem mathematisierten Modells entgegenzustellen» (57).

En realidad, no se trata aquí sino de una manifestación más de la crítica a la eficiencia como baremo indefinido o vago de análisis (58), o en todo caso, como baremo al que se sustraen algunos de los elementos que para el Derecho penal sí resultan relevantes (59). En fin, junto a eso, se darían otras objeciones para advertir en la «relación jurídico-penal» las condiciones del mercado ideal (60).

(52) En particular, si actuamos en virtud de una racionalidad estrictamente utilitaria parece que hemos de tener el volumen de delito que queremos, puesto que realmente podemos tenerlo, sabiendo —como sabemos— que podemos dedicar a la prevención cuantos recursos queramos con tal de que su coste marginal sea inferior que el coste marginal del delito: SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, pp. 316-317.

(53) Sobre ello, SMETTAN, *MschKrim* 1992, pp. 21 y ss.

(54) Por un lado, por los diferentes grados de información; por otro lado, por las diversas preferencias. Sobre ambos extremos, KOLLER, *Probleme der utilitaristischen Strafrechtfertigung*, *ZStW* 91 (1979), pp. 45-95, pp. 79 y ss., p. 80.

(55) *El análisis*, p. 124.

(56) SMETTAN, *MschKrim* 1992, p. 27 nota 19.

(57) KOLLER, *ZStW* 91 (1979), p. 82.

(58) Cfr. sobre esta crítica KÜBLER, *Steindorff-FS*, pp. 694 y ss.

(59) Además, conviene no olvidar que en el cálculo entran no sólo el interés en sí de que se trate, sino también el grado de su probabilidad de afectación, lo que todavía hace más complejo el esquema.

(60) Sobre las condiciones del mercado ideal cfr. por ejemplo CALSAMIGLIA, *RCEC* I sept.-dic. 1988, pp. 815-316, de las que, en lo que aquí interesa es fundamental la que alude al carácter completo de la información que han de tener los sujetos que intervienen en él.

Con todo, las anteriores observaciones expresan aspectos que, con precisiones o matizaciones, pueden ser asumidos en el marco de un análisis económico del Derecho penal. En cambio, la tesis opuesta, la del rechazo categórico de la racionalidad del delincuente, tiene, a mi entender, efectos radicales e inasumibles. En efecto, si el delincuente no es, ni en alguna medida, racional, entonces la prevención por normas carece de sentido (siendo ésta, sin embargo, lo más característico —y lo más liberal— del Derecho penal), quedando sólo la prevención «técnica», así como la prevención especial por tratamiento o inocuización. En otras palabras, no es razonable conminar con disutilidades a quien no incluye el cálculo de las mismas en su toma de decisiones. Otra cosa es que la racionalidad del delincuente deba reducirse a una mera racionalidad instrumental o utilitaria, o deba, por contra, entenderse ampliada a una racionalidad valorativa (61). De acogerse esto último, el efecto disuasorio de las normas penales no radicaría únicamente en el factor intimidatorio de la amenaza de pena, sino también en el aspecto de comunicación del valor, relativo a la declaración de la gravedad del hecho. Aquí se trataría de elementos de convicción mediante la determinación conforme a sentido. En todo caso, tal línea es sumamente importante porque, de ser aceptada, indicaría que en el «cálculo» del delincuente potencial no sólo entran aspectos económicos, sino aspectos valorativos que podrían desempeñar algún papel. Personalmente, me inclino por seguirla, por entender que ello es lo más coherente con una imagen del hombre como persona, que comparto, y con una orientación personalista del Derecho penal, pero eso no enmienda de modo radical lo anterior. En definitiva, igual que nuestro modelo de sociedad se asienta sobre la recíproca atribución de libertad, me parece que también se asienta sobre la recíproca atribución de racionalidad utilitarista. Otra cosa es que a eso se añada una recíproca atribución de una cierta racionalidad valorativa. Y que, además, no deje de haber en el agente elementos de rutina, imitación o emocionalidad, irracionalidad, en definitiva (62).

(61) En esta medida, me parece admisible la afirmación de WITTIG, *Der rationale*, p. 161: «Kriminelles Verhalten ist dann keine zweckrationale sondern auch eine wertrationale Entscheidung». Sobre tal crítica del reduccionismo de la idea de racionalidad, KÜBLER, *Steindorff-FS*, p. 701. También SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, p. 335: «It should be obvious that society depends upon both appeals to self-interest and the inculcation of moral inhibitions to ensure compliance with social norms», añadiendo que es indudable que hay personas que no delinquen por la amenaza de pena, del mismo modo que hay otras que no delinquirían aunque no hubiera posibilidad de sanción, porque creen que tal conducta es moralmente reprobable. La adopción de esa visión más amplia parece obligada a partir de un modelo de hombre que tenga en cuenta sus peculiaridades ontológicas, sobre todo cuando desde perspectivas de análisis económico se afirma que «en la medida en que el hombre no es el único animal que elige, es de esperar que el mismo enfoque pueda aplicarse a la rata, al gato y al pulpo, todos los cuales sin duda buscan maximizar las utilidades en forma bastante parecida a como lo hace el hombre» (COASE, *La empresa, el mercado y la ley* (trad. Concome), Madrid 1994, p. 10).

(62) Como los hay en el conjunto de sujetos constituidos en comunidad legiferante. Por eso puede aceptarse parcialmente la idea de SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, p. 317:

En alguna medida, cabría pues concluir que la acogida, el no rechazo o, al menos, el actuar *como si* los hombres fuéramos utilitariamente racionales —aunque no sólo eso— aparece como una asunción previa, que constituye la condición de posibilidad de un Derecho penal liberal.

3. LA PENA COMO REACCIÓN A ACTOS INEFICIENTES Y LA PREVENCIÓN GENERAL

Si el delito es un acto ineficiente, parece claro que la sociedad debe tratar de neutralizar esta clase de actos a fin de alcanzar precisamente la eficiencia. Para conseguirlo dispone, en principio, de varias líneas de actuación. Una de ellas sería la denominada *prevención fáctica* y consistiría en tratar de impedir por la vía de hecho la realización de tales actos ineficientes. Sin embargo, ello se muestra enormemente costoso, incluyendo entre tales costes no en último lugar el coste de la pérdida global de libertad. Algo parecido cabría apuntar a propósito de la *inocuización* de los sujetos que cometen tales actos (o, mejor, que, dadas las circunstancias, pueden ser susceptibles de cometerlos). De ahí que el modelo establecido de modo central (sin perjuicio de su conjunción con los anteriores u otros) sea sustancialmente distinto: un modelo de *prevención general por normas*. En dicho modelo, la búsqueda de la eficiencia parece encontrarse en el mejor camino, por cuanto la neutralización o razonable reducción de los actos ineficientes que denominamos delitos tiene lugar por una vía en principio menos costosa que las anteriores (63). Para ello, se parte precisamente de la constatación de que los destinatarios del Derecho son sujetos que en su actuación siguen cálculos de coste-beneficio, esto es, son sujetos que, a su vez, persiguen la *eficiencia personal*. Así, se tratará de incidir sobre todos los ciudadanos —en tanto que delincuentes potenciales— introduciendo, con las normas, costes adicionales en sus eventuales decisiones en favor del delito a fin de disuadirlos de éste (64). La idea es que, por la vía de incrementar el coste de tales transacciones no mercantiles, se induzca el cumplimiento de las normas

«our inability to control our feelings of anger and the blame we inflict on criminals prevents us from adopting a utility-maximizing solution to the problem of crime». Aunque yo no calificaría ese impedimento de absoluto e insistiría en que no obsta a la necesidad de tender a una racionalización —liberalización de las tendencias de la psicología profunda— posible que pasa por la adopción de una relación de diálogo racional con el delincuente.

(63) Entre otras cosas, porque se trata de tener que imponer —de imponer, en definitiva— las menos penas posibles, y que baste con la amenaza, cuya seriedad se vea incidentalmente confirmada.

(64) COASE, *La empresa*, pp. 11-12, sugiere que el hecho de que, en casi todos los casos, un precio (relativo) —no sólo en dinero, sino en sentido amplio— mayor conduzca a la disminución de la cantidad demandada, no requiere necesariamente el supuesto de que los hombres son seres racionales maximizadores de utilidad.

transaccionales básicas del sistema mercantil. El Derecho penal, para ser eficaz en su pretensión de lograr la *eficiencia social*, debe, en definitiva, configurar sus normas partiendo de que los sujetos destinatarios de éstas van a realizar un *cálculo de eficiencia*. Tal apreciación conduce a un Derecho preventivo, más concretamente, preventivo-general, y, en fin, basado de modo central en la disuasión: prevención general negativa intimidatoria (*deterrence*) (65).

Lo anterior puede expresarse señalando que el sistema jurídico-penal debe asumir el comportamiento de mercado que, como hemos referido, es característico de los destinatarios de sus normas. En consecuencia, debe cargar con costes adicionales la comisión del delito, a fin de que los costes de éste superen los beneficios que el agente espera obtener de él y, en última instancia, no compense la comisión del delito (*crime does not pay*) (66).

De todos modos, conviene subrayar que, como ya se ha indicado, en la base de la teoría económica se dan dos mecanismos para incentivar la no comisión de delitos: cargar con costes adicionales su comisión o bien cargar con beneficios adicionales la realización de actividades lícitas alternativas (su no comisión): por ejemplo, reduciendo las tasas de paro (67).

La formulación más conocida en Derecho penal de estas tesis es la realizada por *Feuerbach* y su famosa «teoría de la coacción psicológica». En efecto, la idea central es que la comisión del delito representa un beneficio para el delincuente (es eficiente desde su perspectiva) (68). Así pues, se trata de cargarla con costes adicionales, a fin de que éstos superen los beneficios esperados, y de que el delincuente potencial lo sepa (69). Dado esto, si el delincuente es racional, obrará como lo hace cualquier opera-

(65) VANBERG, *Verbrechen*, pp. 17-18.

(66) FRANK, *ZfRS* 7 (1986), pp. 204-205; ADAMS/SHAVELL, *Zur Strafbarkeit des Versuchs*, GA 1990, pp. 337-364, pp. 343 y ss. Cfr. también la descripción de MERCADO, *El análisis*, p. 228. Desde una perspectiva claramente crítica, HERZOG, *Prävention*, pp. 42-43.

(67) ADAMS / SHAVELL, GA 1990, p. 349 nota 40. Como se ha indicado, en la base está la idea de los «costes de oportunidad».

(68) FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 14.ª ed., Giessen 1847, Reimpr. Aalen-1973, Par. 13 todas las infracciones se cometen por un estímulo de interés (*Lust*).

(69) FEUERBACH, *Ibidem*: «Dieser sinnliche Antrieb kann dadurch aufgehoben werden, dass Jeder weiss, auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches grosser ist, als die Unlust, die aus dem nicht befriedigter Antrieb zur That entspringt». También BENTHAM, *Compendio*, II, p. 51, establece como primera regla de proporción entre pena y delito la siguiente: «Haz que el mal de la pena sobrepuje al provecho del delito». Asimismo, BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas* (trad. J. A. de las Casas), Madrid 1774 (reimpr. 1993), parágrafo XXVII, pp. 137-138. «Para que una pena obtenga su efecto, basta que el mal de ella exceda al bien que nace del delito; y en este exceso de mal, debe ser calculada la infalibilidad de la pena, y la pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo, y por tanto tiránico». Cfr., además, KOLLER, *ZSiW* 91 (1979), pp. 77 y ss.

dor en el mercado. Esto es, absteniéndose de cometer el delito, como se abstendría de comprar el producto (70).

Esta modalidad —la prevención general por normas— es la menos costosa de las examinadas y, en esa medida, la más eficiente. Ahora bien, ello todavía no conduce de modo necesario a que tenga que ser una prevención por normas «penales». Más bien debería ser todo lo contrario, pues es evidente que el Derecho penal tiene costes que otras ramas del Derecho no tienen. Así, si con los mecanismos, menos costosos, de otros sectores del Derecho se consiguiera introducir elementos de coste suficientes para inclinar el cálculo del destinatario de las normas del lado del Derecho, el Derecho penal no sería necesario.

En efecto, en primer lugar debería tratarse de neutralizar la comisión de actos ineficientes a través de mecanismos indemnizatorios del Derecho de daños o de responsabilidad civil (*tort law*) (71). Ahora bien, en tal caso el importe de la indemnización habría de ser, por un lado, algo superior al valor legal estimado de la pérdida de la víctima para hacer frente a la posibilidad de que el valor subjetivo de la adquisición para el autor fuera superior al de la pérdida de dicha víctima. Ello ya pone de relieve que los mecanismos indemnizatorios en caso de pérdida de bienes altamente personales no serán los más adecuados. Pero es que, además, por otro lado, y sobre todo, en esta materia debe considerarse de modo esencial el problema de la probabilidad de imposición efectiva de la indemnización (probabilidad de descubrimiento del hecho).

En efecto, debe aquí partirse de la siguiente ecuación: *Indemnización = Daño / Probabilidad*. De modo que si la probabilidad, como es normal, se sitúa muy por debajo de 1 (punto en el que la indemnización y el daño pueden coincidir), resultará que en la mayor parte de los casos tales indemnizaciones quedarían muy por encima de la posibilidad de pagar del individuo. En tal caso habrá que acudir a las sanciones penales, incluida la

(70) Por cierto que este modelo encierra en sí un germen de humanización progresiva del sistema. En efecto, los hombres van siendo en medida creciente titulares de bienes cada vez más distantes de su esfera personal y que, sin embargo, valoran en gran medida. Ello permite amenazar con la privación de dichos bienes (coste adicional esperable de la comisión del delito), manteniendo constante el nivel disuasorio del sistema, el cual, sin embargo, muestra cotas también crecientes de humanidad. El ejemplo más claro es el uso de penas pecuniarias o privativas de ciertos derechos públicos o económicos. En cambio, según la hipótesis de POSNER, *Col. LR* 85, 1985, p. 1211, en la antigüedad, en que ni siquiera la pena de muerte se estimaba tan grave por la profundidad y difusión de la creencia en la vida eterna, era preciso reforzarla con ejecuciones dolorosas. Como después veremos, el modelo de ejecución de la pena de muerte del Antiguo Régimen puede explicarse también desde otras perspectivas.

(71) A los cuales se les atribuye por la corriente de «*Law and Economics*» ante todo funciones preventivas de daños futuros y no meramente compensatorias o reparatorias (MERCADO, *El análisis*, p. 227).

multa, que, a pesar de su naturaleza monetaria, muestra sustanciales diferencias con respecto a las indemnizaciones del *tort law* (72).

Como se observará, lo anterior tampoco resulta en nada ajeno a la tradición del Derecho penal. Si el delito es un «*malum actionis*», una clase de acto ineficiente que entraña importantes costes sociales no compensados, el Derecho penal, la pena, en concreto, es un «*malum passionis*», esto es, tiene asimismo costes sociales relevantes (superiores, desde luego, a los del Derecho civil). Eso significa que, en principio, y siguiendo la regla derivada de los principios de necesidad y subsidiariedad, sólo deberá hacerse uso del mismo cuando el efecto perseguido no se pueda alcanzar a través del mecanismo jurídico-civil. Esta situación se da, en principio, en el caso de sujetos que carecen de capacidad económica suficiente. Frente a éstos cabe utilizar la multa, por ejemplo, como sanción penal, la cual no alcanza, ni con mucho, el nivel de las indemnizaciones del Derecho civil por, al menos, dos razones: el incremento de la probabilidad de aprehensión que garantizan los instrumentos del Derecho penal frente a los propios del Derecho civil; y el estigma propio de toda sanción penal y que constituye una disutilidad adicional. Ambos elementos permiten que la multa tenga un valor disuasorio superior al de las indemnizaciones, siendo su valor pecuniario inferior al de éstas (73).

Ahora bien, sentado que el delito es una clase de actos ineficientes frente a los que, en muchos casos, pueden ser ineficaces las respuestas del *tort law*, todavía no se ha fundamentado positivamente intervención del Derecho penal en ese ámbito. Por el contrario, tal legitimación habrá de venir, todavía, de la mano de dos requisitos adicionales. En primer lugar, que el Derecho penal sí sea eficaz para hacer frente a tales hechos ineficientes. Para ello, deberá velar por introducir en sus conminaciones costes adicionales tales que, en efecto, hagan que no compense la comisión del delito. Estos costes adicionales resultan del producto de la gravedad de la pena por la probabilidad de su imposición y, por tanto, pueden variarse modificando cualquiera de los dos factores, lo que genera no pocos problemas como después veremos. En segundo lugar, que el Derecho penal sea eficiente, en general y en cada caso particular. Expresado con otras palabras, que sus costes, en general, sean inferiores a los que resultarían de dejar exentos de reacción los hechos delictivos (74); y que, en particular, los costes de la persecución de un determinado hecho e imposición de la correspondiente sanción sean inferiores a los de tolerar su comisión. Ahora bien, los costes del Derecho penal son muy elevados,

(72) Sobre esto POSNER, *Col. LR* 85, 1985, pp. 1201-1204.

(73) POSNER, *Col. LR* 85, 1985, pp. 1204-1205.

(74) Aludiendo a la vieja definición «*poena est malum passionis propter malum actionis*», señala BENTHAM, *Compendio*, II, p. 49, nota 1, que «La pena pues produce un mal lo mismo que el delito; pero el delito produce más mal que bien, y la pena al contrario más bien que mal».

como después tendremos ocasión de reiterar. Precisamente por este motivo no cabe perseguir penalmente hechos que no se muestran ineficientes (pues en tal caso la ineficiencia del Derecho penal, por muy eficaz que éste fuera, sería clamorosa) y debe ser objeto de permanente discusión la persecución penal y su concreta modalidad en casos de limitada ineficiencia del acto perseguido. Pues, atendido que el Derecho penal tiene costes no poco significativos, se corre el riesgo de que, por expresarlo en términos de lenguaje ordinario, sea «peor el remedio que la enfermedad». En la misma línea de razonamiento, de entre los diversos mecanismos de que dispone el Derecho penal habrá que optar por aquél que, siendo eficaz, se muestre más eficiente, esto es, por el que tenga menos costes sociales (75).

Los enunciados anteriores acogen, como en parte ya se ha comentado, tres principios básicos, de gran tradición en nuestra disciplina: el de necesidad, el de subsidiariedad y el de proporcionalidad entendida en clave utilitarista. De ahí que puedan leerse observaciones muy similares en descripciones, por decirlo así, más clásicas, de las fundamentaciones utilitaristas del Derecho penal. Así, en la que ya hace algunos años realizara Koller (76). En efecto, desde una perspectiva *preventivo-general*, la conminación e imposición de penas estaría justificada si se dieran las siguientes cuatro condiciones (77): a) que estas penas disuadan a otras personas de infracciones del Derecho (78); b) que por esta vía eviten más sufrimiento que el que causan (79); c) que no haya otra forma de pena que, con la misma eficacia preventiva, produjera un daño menor; y d) que la pena no sea sustituible por otro medio que tuviera el mismo efecto preventivo y causara menos sufrimiento (80).

La mayor parte de las consideraciones realizadas no provoca en la actualidad, según entiendo, especial discusión en la doctrina. El debate se sitúa, en todo caso, en torno a la *insuficiencia* de estos presupuestos para legitimar la intervención del Derecho penal y no, en cambio, en su *innecesariedad*. Donde sí se ha producido discusión, en cambio, es en el punto relativo a la *eficacia* preventiva del Derecho penal, que, como se comprenderá al pronto, es «*condicio sine qua non*» de la *eficiencia* del mismo. Pues si, en efecto, el Derecho penal, cuyos costes sociales nadie discute, se muestra ineficaz para, al menos, reducir el coste social del

(75) Como significativamente señala BENTHAM, *Compendio*, II, p. 59, la pena ha de ser económica, esto es, «no debe tener más grado de severidad que el necesario para llenar su objeto, pues lo que excede es un mal superfluo». Cfr. también BECCARIA, *Tratado*, parágrafo I I, sobre el fundamento del «derecho de castigar» en la necesidad.

(76) KOLLER, *Probleme der utilitaristischen Strafrechtfertigung*, ZStW 91 (1979), pp. 45-95.

(77) KOLLER, ZStW 91 (1979), p. 51.

(78) Esto es, que sean eficaces.

(79) Esto es, que sean proporcionadas y, en última instancia, eficientes.

(80) Esto es, que observen los principios de necesidad y subsidiariedad, externa e interna.

delito en medida tal que compense su empleo (81), entonces no puede fundamentarse su existencia. En esta línea, reina una intensa discusión con argumentos en sentidos contrapuestos (82). Así, hay significativos sectores doctrinales que niegan sin más la eficacia preventiva-intimidatoria del Derecho penal, indicando que, si hay personas que se abstienen de la comisión de delitos, no es por el peso que en ellos haya de tener la motivación jurídico-penal, sino por otras razones (83). Como se advertirá, la consecuencia ineludible de este planteamiento son propuestas abolicionistas o próximas, o bien otras que propugnan en todo caso una reacción meramente terapéutica frente a quien ya ha cometido el delito. El planteamiento opuesto reconoce la *eficacia* de la prevención jurídico-penal, requisito indispensable de la *eficiencia del sistema* jurídico-penal, pero hace descansar tal eficacia en razones distintas: disuasión no sólo por la amenaza de sanción, sino también por la comunicación del valor, unidos a la integración de la norma penal en un contexto general de socialización, por ejemplo.

Esto último parece lo más razonable, pues, en realidad, como ya ha sido indicado, la crítica que aquí puede dirigirse a la perspectiva del análisis económico es su reducción de la racionalidad humana a una racionalidad utilitaria, instrumental, a la por algunos denominada «*Zweckrationalität*», negando toda relevancia a la «*Wertrationalität*», a la racionalidad valorativa (84). Ello, cuando parece claro que en las decisiones humanas no siempre priman las consideraciones de pura utilidad (o, en todo caso, se trata de una utilidad psicológica o moral muy lejana ya del *wealth maximization principle* o de la reconducción a un precio) (85).

(81) Esto es, que el coste social del delito subsistente más el coste social del Derecho penal sean, en todo caso, inferiores al coste social del delito si no interviniera el Derecho penal. Cfr. sobre esto WERNER, *KritV* 4/1992, p. 438.

(82) KOLLER, *ZStW* 91 (1979), pp. 73 y ss.

(83) Cfr. BONITZ, *Strafgesetze und Verhaltenssteuerung. Zur generalpräventiven Wirksamkeit staatlicher Strafdrohung*, Göttingen 1991, pp. 127, 331, indicando que lo decisivo es la percepción que el sujeto tiene acerca, nuevamente, de la percepción existente en su entorno acerca de si el hecho es «normal» o no. Claro que, frente a esto, sería posible continuar considerando qué factores inciden en tal apreciación del entorno.

(84) Cfr. KOLLER, *ZStW* 91 (1979), p. 71 : «Durch den Umstand, dass eine Handlung unter Strafdrohung steht, wird in symbolischer Weise dokumentiert, dass diese Handlung allgemein missbilligt wird; diese Missbilligung wurde jedoch als ernsthafte nicht erkannt werden, wenn gegen Zuwiderhandelnde nicht auch tatsächlich Strafen vollzogen wurden; durch die Bestrafung wird angezeigt, dass die Missbilligung wirklich 'ernst gemeint' ist», aunque añadiendo que no está documentado en qué medida eso tiene virtualidad rectora de la acción («handlungsleitendes... Motiv»). Por otro lado (p. 72), parece claro que eso será tanto más cuanto más resulte confirmar motivos ya preexistentes (transmitidos por otras instancias).

(85) A este respecto, resulta muy interesante la descripción que hace KARGL, *Unterlassene Hilfeleistung. Zum Verhältnis von Recht und Moral*, GA 1994, pp. 247-264, pp. 254 y ss., sobre la motivación de las conductas altruistas. Ciertamente, existe al respecto una posición *utilitarista*, que centra tal motivación en la compensación de sentimientos de culpa o en la génesis de sentimientos placenteros: en todo caso, en la obtención de un mayor beneficio que el coste del socorro prestado. Pero se concluye la insuficiencia de este enfoque y la necesidad de completarlo con un enfoque moral u *orientado a normas*.

Si, por el contrario, se aceptan formas de prevención general complementarias de la estrictamente intimidatoria, como la que tiene lugar por la vía de la comunicación de la relevancia social del valor protegido por la norma (86), parece posible admitir tal eficacia preventiva (87). Como señala *Kuhlen* (88), es cierto que hay muchas personas que cumplen las normas no sólo en virtud de un cálculo racional —instrumental—. Sin embargo, también lo es que la disposición al cumplimiento de las normas no opera cuando la infracción de éstas se hace especialmente atractiva; y que dicha disposición disminuye cuando se advierte que el que las infringe no resulta sancionado.

4. LOS COSTES DEL DELITO Y LOS COSTES DE LAS PENAS

Como se ha afirmado, el delito es un hecho *socialmente ineficiente* (y de modo cualificado). El Ordenamiento jurídico, por su parte, para ser eficaz en su control, debe contar con la *eficiencia individual*. Por ello, debe cargar al delincuente potencial con costes adicionales, en caso de comisión del delito, de modo que éstos desborden los beneficios que del delito espera obtener. De hecho la fórmula de un Derecho penal «eficaz en la eficiencia» sería la siguiente. De una parte, imponer al delincuente costes adicionales de modo que el coste esperado del delito sea superior a los beneficios que espera obtener del mismo (89).

En este punto, evidentemente, las dificultades surgen de diversos factores: entre ellos, de la ineludible existencia de un máximo absoluto de gravedad de las penas imponibles; de la existencia de delitos en los que la utilidad individual presumiblemente obtenible puede ser elevada; etc. (90).

De otra parte, que esos costes sean inferiores al coste de la tolerancia del delito (91). A este respecto hay que señalar que es precisamente

(86) Esta modalidad de prevención, estrictamente comunicativa, no debe ser confundida con la prevención de integración. Por otro lado, incluso puede sostenerse que la prevención por la vía de la comunicación del valor tiene base económica, por tratarse de un modelo de coste especialmente bajo.

(87) KOLLER, *ZStW* 91 (1979), pp. 83 y ss., 94, aceptando la incidencia preventiva de las conminaciones penales —y por tanto el modelo utilitarista, en la base—, si bien concluye que, además del cálculo de utilidad inciden aspectos culturales, valorativos, emocionales, de modelos de conducta, etc.

(88) KUHLEN, *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*. GA 1994 pp. 347-367, pp. 364-365.

(89) Ello implica que cuanto más grave sea el delito, el coste sea asimismo superior, so pena de incurrir en una «infraintimidación» (*underdeterrence*) que elimine la disuasión marginal: SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, pp. 325 y ss.

(90) ADAMS / SHAVELL, GA 1990, pp. 346-347.

(91) Teniendo en cuenta que el bienestar social aparece definido por los beneficios sociales asociados a la comisión de actos, menos el daño esperado causado por tales actos, el

el hecho de lo elevado de los costes del Derecho penal para rebajar los niveles de delincuencia lo que explica que, aunque tales niveles sean, en alguna medida, altos, ello no deba conducir a pensar que el sistema de justicia criminal es ineficiente (92).

La cuestión, obviamente, es si esta combinación de factores aparentemente contrapuestos resulta posible (93). Pues, en efecto, de ella parece desprenderse que el coste social de la tolerancia del delito es siempre superior al beneficio concreto individual que el sujeto obtiene del mismo. Cabe pensar, por ejemplo, que ese coste se acrecienta por el efecto incitador que el hecho tiene sobre terceros (94).

A partir de estas premisas, es claro que puede haber diversos supuestos de Derecho penal ineficiente. Así: a) La sanción de hechos no ineficientes. b) La sanción de hechos ineficientes con penas superiores al coste de la tolerancia. c) La sanción de hechos ineficientes con penas inferiores al coste de su tolerancia, pero ineficaces por ser asimismo inferiores a los beneficios esperables por el delincuente de ese delito. d) La sanción de hechos ineficientes con penas inferiores al coste de su tolerancia, pero no con las menores posibles (noción de subsidiariedad). Precisamente, el objetivo de maximización de prevención y garantías que, por mi parte, he asignado al Derecho penal apela a esa idea de «control de la criminalidad con el menor coste posible» (95).

Las causas de un derecho penal ineficiente podrían ser muy diversas. Así, la irracionalidad, la emocionalidad, razones psico-sociales de venganza; intereses políticos en soluciones aparentes a corto plazo (caso del Derecho simbólico); ambas a la vez. Entre otras.

En todo caso, los costes del delito para el delincuente no vienen dados directamente por la gravedad de la pena (96). Si así fuere, el único elemento que incidiría en el grado de control del delito sería el aumento o disminución de dicha gravedad. Sin embargo, y por razones obvias, junto a la gravedad de la pena entra en juego el factor de la probabilidad

coste social de imposición de las sanciones y los gastos de persecución y condena: SHAVELL, *Col. LR* 1985, p. 1236. Sobre el peligro de la «sobrerintimidación» (*overdeterrence*) y sus límites, SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, pp. 323 y ss.

(92) POSNER, *Col. LR* 85, 1985, pp. 1214 y 1205 nota 25.

(93) Sobre estos elementos del modelo y la complejidad de las operaciones de cálculo para llevarlo a cabo, WERNER, *KritV* 4/1992, pp. 438-439.

(94) En todas estas relaciones se dan elementos que, a primera vista, resultan curiosos: así, el *estigma* inherente al castigo del delito es un coste del mismo para su autor, mientras que, por otro lado, proporciona información a terceros sobre dicho sujeto, lo que es creador de valor (beneficio) social: POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 226.

(95) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, p. 298.

(96) Sobre la diversa incidencia de precios y sanciones en la conducta humana, COOTER, *Prices and Sanctions*, *Col. LR* 84, 1984, pp. 1523-1560, en especial para el Derecho penal, pp. 1548 y ss.

de que la pena se haga efectiva, factor éste que depende de la configuración del sistema policial, procesal (e incluso social) y en donde radican buena parte de los costes del combate contra el delito. La expectativa de costes del delito para el delincuente viene dada, pues, por el producto de la gravedad y la probabilidad, donde esta última siempre será inferior —en realidad, muy inferior— a 1 (97). Y aquí se suscitan dos cuestiones enormemente significativas, que revisten sin embargo, un signo contrario. Por un lado, parece —y eso lo reconocen incluso quienes rechazan el modelo del delincuente racional— que si hay algo que motiva al delincuente potencial es la elevada probabilidad de ser descubierto y sancionado, más que la sanción en sí (98). Por otro lado, en cambio, desde la perspectiva social resulta que, mientras que los incrementos en el grado de probabilidad son enormemente costosos (99), los incrementos de gravedad no lo son más que en la medida de sufrimiento adicional que para el delincuente suponen y, en el caso de las penas privativas de libertad, por los costes económicos adicionales ligados a la mayor duración de la pena (100). Este factor podría abonar la conminación con penas muy altas a sabiendas de que éstas muy pocas veces podrán llegar a ser aplicadas. Así, para las multas, realiza *Posner* la siguiente consideración:

«If the costs of collecting fines are assumed to be zero regardless of the size of the fine the most efficient combination is a probability arbitrarily close to zero and a fine arbitrarily close to infinity» (101).

(97) Ya FEUERBACH, *Lehrbuch*, 14.^a, Par. 14 y 16, indicaba la necesidad de que se diera, junto a la «*gesetzliche Drohung*», la «*Vollstreckung*», pues sólo cuando además de fundamentarse la intimidación se funda la eficacia de la amenaza se produce la coacción psicológica. Precisamente en esta línea, la segunda regla de BENTHAM, *Compendio*, II, p. 51, reza: «Cuanto más incierta o más fácil de evitar sea una pena, tanto más grave debe ser» para contrabalancear las probabilidades de la impunidad. También KOLLER, *ZStW* 91 (1979), pp. 78 y ss.

(98) BECCARIA, *Tratado*, Parágrafo XXVII (Dulzura de las penas), pp. 135-136: «No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los Magistrados, y aquella severidad inexorable del Juez, que para ser virtud útil, debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión, que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres; y la esperanza, don celestial, que por lo común tiene lugar en todo, siempre separa la idea de los mayores, principalmente cuando la impunidad, tan conforme con la avaricia y la flaqueza, aumentan su fuerza».

(99) Sobre los costes de aprehensión y procesamiento, BECKER, en Becker / Landes, *Essays*, pp. 7 y ss.

(100) Sobre esto SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, p. 320.

(101) POSNER, *Economic Analysis*, 4.^a ed., p. 225. Es cierto que ello plantea problemas de disuasión marginal (p. 226), como reconoce el propio Posner, pero la cuestión a debatir —como subraya críticamente SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, p. 321— es que, de no ser así, la lógica del modelo lo debería admitir sin problemas.

Ello ha dado lugar a la objeción de que se convierte el sistema del Derecho penal en una lotería, porque produce manifiestas desigualdades *ex post* entre sujetos todos los cuales han cometido el delito, en virtud de los déficits de aprehensión y enjuiciamiento. Sin embargo, frente a ello se ha esgrimido el contraargumento de que las loterías no son injustas en tanto que *ex ante* todos los sujetos tienen la misma probabilidad de verse afectados (por el premio, o el castigo); por otro lado, tanto la lotería como el Derecho penal son voluntarios, pues uno se mantiene al margen de este último simplemente no cometiendo delitos (102). Cabe que ello sea aceptable. Pero de todos modos conviene subrayar que aquí surgen, paradójicamente unidos y paradójicamente derivados de un análisis del sistema del Derecho penal desde perspectivas de eficiencia, el terror penal (103) y la legislación simbólica (104). En la práctica, en todo caso, parece que no se ha optado por ello, lo que mostraría la existencia de correctivos externos al puro análisis económico en sentido estricto (105). Pero, a título de ejemplo, valga recordar que por alguien se ha puesto de relieve que las crueles ejecuciones públicas de la pena de muerte y las penas corporales durante el antiguo régimen pretendían compensar la escasez de casos en que el delincuente era aprehendido. De modo que la organización estatal, cada vez mejor configurada en los Estados del S. XIX es la que permite, al aumentar la probabilidad de la aprehensión, reducir la gravedad de la sanción manteniendo intacto el coste. Algo similar puede decirse del fenómeno, ya aludido, de la creciente participación de los ciudadanos en su conjunto en bienes distintos de su propio cuerpo y libertad. Eso permite la utilización de sanciones aparentemente más suaves, y desde luego más humanas, que sin embargo mantienen intacto el coste del delito. Salvado lo anterior, y establecido un nivel dado en cuanto a los costes de aprehensión, por la propia lógica de la eficiencia habrán de ser preferibles aquellas instituciones punitivas que producen el mismo beneficio con menor coste. De ello se sigue que, dado que las sanciones no pecuniarias entrañan costes mayores que las pecuniarias, sólo deben ser aplicadas en caso de insuficiencia preventiva de las pecuniarias (106). Así, puede concluirse que la pena de multa ocupa el lugar central en el sistema de sanciones derivado de una aproximación económica al Derecho penal, en la medida en que supone una mera trans-

(102) POSNER, *Col. LR* 85, 1985, p. 1213; también en *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 220.

(103) HERZOG, *Prävention*, p. 139, indica que todo ello acaba en un Derecho penal terrorista.

(104) Cfr., en una línea próxima a este argumento, HASSEMER, *Das Schicksal der Bürgerrechte im «effizienten» Strafrecht*, en Albrecht / Backes (Hrsg.), *Verdeckte Gewalt*, Frankfurt 1990, pp. 191 y ss.; HERZOG, *Prävention*, p. 45, entendiéndose que la tendencia a una «optimale Verbrechensbekämpfung» sacrifica las garantías de libertad del Derecho penal.

(105) FRANK, *KrimJ* 1987, p. 61.

(106) SHAVELL, *Col. LR* 1985, p. 1236; ADAMS / SHAVELL, *GA* 1990, pp. 347-348. 353.

ferencia patrimonial sin gasto adicional de recursos (107). No en vano señalaba *Bentham* que «la pena más económica será aquella que no cause ni un átomo de mal que no se convierta en provecho; las penas pecuniarias tienen esta cualidad en un grado eminente, pues todo el mal que siente el que paga se convierte en provecho para el que recibe» (108). Claro que no debe olvidarse que, en todo caso, la pena de multa, para ser eficaz, habrá de incidir sobre el cálculo de eficiencia subjetiva de los destinatarios de la norma, garantizando que el montante de la misma será superior a los beneficios esperados de la comisión del delito (109). Si se tiene en cuenta que la gravedad de la sanción debe multiplicarse por el coeficiente de probabilidad de descubrimiento y sanción, y que éste, usualmente, será muy inferior al de la posibilidad de alcanzar los beneficios previstos con la comisión del hecho, parece obvio que en muchos casos habrá que contar con multas de montante enormemente elevado. La posibilidad de que la solvencia de los afectados no alcance a tanto, ni siquiera en el ámbito de la delincuencia económica, es quizá lo que abona el uso también aquí de la pena privativa de libertad (110). En la misma línea de las multas, no cabría ignorar las posibilidades de la *reparación del daño* como sanción en el marco del proceso penal. Las razones no son menospreciables. En efecto, dicha reparación «penal» se beneficiaría, por un lado, de los *incrementos en cuanto a la probabilidad de descubrimiento y sanción* que son inherentes al sistema penal, frente al civil. Además, el proceso penal le añadiría a la reparación en sí misma el *estigma* característico de lo penal. Ambos aspectos, el incremento en la probabilidad de aprehensión y el estigma procesal determinarían que, sin una modificación de la gravedad esencial de la sanción respecto a su configuración jurídico-privada, ésta mostrara costes adicionales superiores para el agente, siendo especialmente apta para hechos frente a los cuales la despenalización (con la mera reacción jurídico-civil) parecería una renuncia excesiva en términos de control, resultando, por contra, las sanciones penales convencionales demasiado graves en relación con el contenido lesivo de los hechos de los que se trata. En definitiva, podría mostrarse como una sanción claramente eficiente para un determinado

(107) BECKER, en Becker / Landes, *Essays*, pp. 24 y ss., 28 y ss.; POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 227: «from an economic standpoint, the use of fines should be encouraged».

(108) *Compendio*, II, p. 59 nota 2. Con éstos y más argumentos, BECKER, en resumen, en Becker / Landes, *Essays*, p. 44. En la misma línea, por comparación con la pena privativa de libertad, SHAVELL, *Col. LR* 1985, p. 1235.

(109) En esta línea, y para el Derecho administrativo sancionador, en art. 131.2 de la nueva Ley 30/ 1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se dispone que «el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas».

(110) De todos modos, abonando un mayor empleo de las sanciones pecuniarias, SHAVELL, *Col. LR* 85, 1985, N.º 6, p. 1240. Sobre la sanción de confiscación de las ganancias (*Gewinnabschöpfung*), SMETTAN, *MschrKrim* 1992, pp. 25 y ss.

sector de hechos lesivos respecto a los cuales la pena criminal resulta desproporcionada y la reparación específicamente civil ineficaz en la disuasión (111). A partir de ahí, y en cuanto a la pena privativa de libertad, es evidente, en primer lugar, que sus costes económicos y sociales (112) determinan su reducción a lo estrictamente imprescindible (113). En particular resulta ineficiente en el caso de delincentes económicos que podrían pagar las multas correspondientes por elevadas que éstas fueran (114). En este contexto, la pena corta privativa de libertad es probablemente una de las formas más ineficientes de sanción (115). Ahora bien, sentado esto, —y admitida, en la medida en que corresponda, tal modalidad de sanción— de lo que se trata es de que los beneficios penitenciarios no anulen la disuasión marginal existente, en principio, sobre la base de las diversas conminaciones penales abstractas. De ahí que parezca razonable abogar por un principio de cumplimiento efectivo de las condenas impuestas. Este no rechaza la existencia de beneficios penitenciarios orientados a la resocialización, aunque éstos serían preferibles si tomaran como punto de partida la colaboración con la Justicia o la compensación a las víctimas y a la sociedad. Más bien, rechaza que su efecto sea una total desfiguración de la pena impuesta (116).

En fin, en cuanto a las alternativas a la pena privativa de libertad (117), a mi entender, su acogida, desde una perspectiva económica, habría de venir dada, sobre todo, por la posibilidad de reducción de costes (los costes del sufrimiento humano, de la posibilidad de desocialización y el estrictamente económico del mantenimiento en prisión) siempre que se mantuviera constante el beneficio de la no disminución de la disuasión, más que por el hecho de que las mismas puedan proporcionar beneficios de naturaleza económica (así, por ejemplo, en el caso del trabajo en provecho de la comunidad) (118).

Un aspecto muy elaborado —y muy criticado— del análisis económico del Derecho penal es el relativo a la pena de muerte y su legitimación económica. El tema, sin embargo, merecería un estudio aparte que aquí no cabe más que dejar

(111) Quede aquí simplemente planteado el tema, que, evidentemente, merece una discusión mucho más amplia. Cfr., por ejemplo, en España, las consideraciones críticas de CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, 1, 1, 4.ª ed., Madrid 1994, pp. 44-46.

(112) Sobre ellos, por ejemplo, BECKER, en Becker/Landes, *Essays*, pp. 13 y ss.

(113) Cfr., sin embargo, POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 227, mencionando el beneficio de la inocuización del delincuente preso. Asimismo, POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., pp. 227-228, admitiendo el arresto sustitutorio en caso de impago de multa —precisamente por entender que debe incentivarse el pago de ésta— y mostrándose contrario a las tesis opuestas de la Jurisprudencia americana.

(114) POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 228.

(115) WERNER, *KritV* 4/1992, p. 440.

(116) Cfr. estas reflexiones en PASTOR PRIETO, *Delitos, penas y prisiones abiertas*, EL PAIS, 2 de septiembre de 1994, p. 18.

(117) LÜDERSEN, *IURIS* 3/1994, pp. 70-71.

(118) Cfr. además las alusiones de POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª, p. 228, a las inhabilitaciones y a las penas restrictivas de libertad.

indicado (119), sobre todo atendido que dicha modalidad punitiva no existe en nuestro ordenamiento.

5. EFICIENCIA Y PREVENCIÓN ESPECIAL

El planteamiento de las alternativas a la pena privativa de libertad conduce de modo necesario a analizar qué papel desempeñan en el ámbito del análisis económico del derecho los argumentos de prevención especial. Al respecto, creo que, en primer lugar, es posible concluir que la resocialización no ocupa lugar en este género de análisis. En efecto, si el delincuente no se diferencia por razones de personalidad ni de ambiente del sujeto no delincuente, sino que sólo comete el delito porque el complejo de motivos determina que esa sea la solución más beneficiosa para él, entonces la resocialización, que parte de la idea de que el autor muestra una conducta desviada y algún género de patología, evidentemente no tiene sentido (120). Sí lo tiene, en cambio, la inoquización (*incapacitation*), como beneficio adicional de la imposición de la pena, dado que el delincuente no puede, durante el tiempo que la sufre, cometer delitos (al menos fuera de la cárcel).

A pesar de ser así las cosas, no puede ignorarse la existencia de un importante intento de construcción de la Política criminal desde perspectivas utilitaristas de eficiencia, radicalmente distinto del que ahora examinamos. Se trata del intento de *Von Liszt* —y otros autores de la llamada «dirección moderna»—, quienes, como podrá imaginarse, parten de una imagen de hombre radicalmente opuesto al de el delincuente racional: en concreto, del *homo sociologicus* (121). Sobre éste pretende hacerse recaer el Derecho penal de las penas y, sobre todo, de las medidas de seguridad resocializadoras, inoquizadoras o intimidatorias, en función del tipo de delincuente de que se trate, dadas su personalidad y sus circunstancias sociales. En concreto, *Von Liszt*, en su ensayo «*Der Zweckgedanke im Strafrecht*» (1882), parte de que pena justa es sólo la pena necesaria (122). En su esquema se constata el fracaso de la pena retributiva, indiferenciada, y se propone una pena orientada al tipo de delincuente: resocializadora, intimidatoria,

(119) Cfr. una defensa desde perspectivas de disuasión marginal de la pena de muerte con el fin de evitar que el asesino —ya expuesto a una pena de privación de libertad de por vida— mate a testigos del asesinato o mate en la cárcel en POSNER, *Economic Analysis*, 4.^a ed., p. 229.

(120) SMETTAN, *MschKrim* 1992, p. 21.

(121) Con sus correspondientes defectos de personalidad o de socialización: por ejemplo, cfr. KOLLER, *ZStW* 91 (1979), pp. 58 y ss.

(122) VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882), en sus *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlin 1905 (reimpr. Berlin 1970), p. 161: «nur die notwendige Strafe ist gerecht».

inocuidadora (123). La pretensión última es lograr la eficacia, lo que progresivamente condujo a que por muchos se llegara a proponer la sustitución de las penas por las medidas de seguridad. Todo ello, obviamente, en un marco general utilitarista de reducción del coste social global (124), muy claro en la siguiente frase del propio *Von Liszt*:

«Die Strafe ist uns Mittel zum Zweck. Der Zweckgedanke aber verlangt Anpassung des Mittels an den Zweck und möglichste Sparsamkeit in seiner Verwendung. Diese Förderung gilt ganz besonders der Strafe gegenüber; denn sie ist ein zweischneidiges Schwert: Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung» (125).

6. EFICIENCIA Y PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

Una de las características de la legislación moderna es el creciente recurso a instrumentos jurídico-penales. Probablemente no es errado señalar que aquí confluyen dos factores diversos, pero ambos relacionados con la noción de eficiencia. Por un lado, el Derecho penal es, en comparación con la implantación de mecanismos jurídico-administrativos alternativos, mucho más barato (126). Por otro lado, sus efectos sociales sobre la opinión pública pueden ser, al menos a corto o medio plazo, superiores incluso a los de tales mecanismos alternativos, con lo que, en principio, parece un instrumento especialmente apto para lograr la confianza de la población en el funcionamiento del ordenamiento jurídico (prevención general de integración). Con todo, esta eficiencia del llamado «Derecho penal moderno» es, a mi juicio, tan sólo aparente, incidiendo únicamente en el ámbito psicológico-social de los sentimientos de inseguridad (127). En otras palabras, convirtiéndose en un mecanismo puramente simbólico y abandonando el terreno de lo instrumental. Así pues, si bien es cierto que un Derecho eficiente seguramente

(123) VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze*, I, pp. 163 y ss.; KOLLER, *ZStW* 91 (1979), pp. 69 y ss.

(124) La pena eficiente desde la perspectiva preventivo especial debe responder a los consabidos requisitos: idoneidad para evitar delitos futuros de las personas sancionadas; que se evite más daño que el que se causa; que no haya otra clase de pena que tenga el mismo efecto preventivo con menos sufrimiento; y que la pena no se pueda sustituir por otro medio que tenga el mismo efecto preventivo con menos sufrimiento: KOLLER, *ZStW* 91 (1979), p. 54. Cfr., además, sobre otros aspectos de la cuestión, WERNER, *KritV* 411992, p. 441 nota 48 sobre la supresión por razones económicas de instituciones preventivo-especiales demasiado caras, como, en concreto, los establecimientos de terapia social.

(125) *Strafrechtliche Aufsätze*, I, p. 161.

(126) WERNER, *KritV* 4/1992, p. 442, aludiendo al ejemplo del Derecho del medio ambiente.

(127) Probablemente sería un objeto de investigación interesante hasta qué punto el cambio de modelo de Derecho no viene condicionado por la aparición de un modelo de hombre una de cuyas características podría ser la sensación hipertrofiada de inseguridad.

será siempre funcional, no está tan claro que un Derecho funcional precise ser realmente, sino sólo aparentemente, eficiente (128). Claro está que si un Derecho penal de prevención general positiva degenera en Derecho meramente simbólico, de pura apariencia de eficiencia, a medio o largo plazo tampoco habrá cumplido su función de prevención de integración (129). De ser así, evidentemente constituirá uno de los más claros ejemplos de Derecho ineficiente, pues, con costes supuestamente (sólo supuestamente) bajos, en realidad no habrá conseguido beneficio real alguno.

7. EFICIENCIA Y GARANTÍAS: PROBLEMAS DE INTEGRACIÓN

Los problemas de articulación del principio de eficiencia (del análisis de coste-beneficio) con las garantías del Derecho penal se plantean a un doble nivel. Por un lado, es preciso determinar si —y en qué medida— la eficiencia tiene la capacidad de integrar en su seno tales garantías. Por otro lado, en el caso de que así no sea, o no de modo pleno, es preciso determinar la posibilidad de limitar la eficiencia por otros principios externos. En tal caso, correspondería establecer la difícil relación de jerarquía entre la eficiencia y esas garantías y su traducción práctica. Pues bien, una característica clara del movimiento de «*Law and economics*» es que postula un predominio de la eficiencia frente a otros fines jurídico-políticos (130). Sin embargo, sentado que la corriente le atribuye un papel tan importante en la toma de decisiones sociales, conviene resaltar que, ya desde el principio, se reconoce también que tiene limitaciones como criterio ético (131) y, concretamente, que hay decisiones en relación con la ilicitud de determinados actos que no cabe explicar, por muchos esfuerzos que se hagan, en clave de eficiencia (132). Así las cosas, convendría quizá ordenar las proposiciones en el siguiente sentido. En primer lugar, desde luego es errónea la postura que parte de un rechazo de entrada de la posible relevancia político-criminal de los análisis de coste-beneficio (133). En segundo lugar, y a partir de lo anterior, puede sostenerse que la fundamentación de la legitimación de la existencia

(128) Sobre lo que denomina «déficits de ejecución» (*Vollzugsdefizite*) de este Derecho penal supuestamente eficiente, HASSEMER, en Albrecht/Backes (Hrsg.), *Verdeckte Gewalt*, p. 197.

(129) Cfr. en un sentido próximo HASSEMER, en Albrecht/Backes (Hrsg.), *Verdeckte gewalt*, p. 200.

(130) EIDENMÜLLER, *Effizienz*, pp. 69 y ss.

(131) POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 13; también CALABRESI, Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho, *AFD* 1985, pp. 219-228, p. 222.

(132) POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 27.

(133) Como hace SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik*, pp. 42 y ss., por entender, por un lado, que hay aspectos del análisis que se sustraen a ese método; por otro lado, que hay aspectos que no se oponen a ese análisis pero en los que hay elementos

genérica de un *Derecho penal*, así como la fundamentación y, en su caso, crítica del *Derecho penal específicamente existente, puede acometerse* desde un punto de vista específicamente económico. Más aún, la legitimación económica alcanzable por la vía de la eficiencia es componente necesaria de todo intento de justificación del Derecho penal. En efecto, el Derecho penal es fundamentalmente un sistema de protección subsidiaria de bienes jurídicos, y los principios de subsidiariedad y *ultima ratio* remiten inequívocamente a la noción de eficiencia. Desde mi planteamiento personal, además, el Derecho penal tiene, por un lado, la finalidad de prevenir delitos y reacciones informales de la sociedad, siempre en la idea de que los instrumentos jurídico-penales de control van a generar un coste inferior que el correspondiente a tales delitos y reacciones informales (delitos asimismo, cometidos en venganza privada) (134). Pero el Derecho penal, en mi esquema, tiene, por otro lado, la función de la reducción de la propia violencia estatal, con lo que también aquí aspira a una reducción de los costes empleados, a su vez, en la neutralización del coste del delito (135). En definitiva, el principio que sostengo, de maximización de prevención y garantías, aunque alberga elementos de profunda tensión en su seno, germen de su propia evolución dialéctica, refleja una clara argumentación en términos de coste-beneficio y, en definitiva, la aspiración de obtener un Derecho penal con el mínimo coste posible: eficiente en grado máximo (136).

Sentado lo anterior, es, sin embargo, lo cierto —como se constatará más adelante— que la utilización del cálculo de coste-beneficio como principio necesario y suficiente de legitimación del Derecho penal plantea dificultades. Estas derivan, como ya ha habido ocasión de poner de relieve incidentalmente, del hecho de que el Derecho penal no tiene que ver sólo con intereses patrimoniales o susceptibles de ser reconducidos fácilmente a magnitudes económicas (a precios, en definitiva). Así, es difícil determinar el coste o el beneficio derivados del sacrificio o la salvaguarda de la libertad, la integridad física, la dignidad, la seguridad, el honor, etc. De modo que lo que en teoría aparece claro se torna menos evidente cuando se trata de llevarlo a la práctica (137). Como se observa, el tema central

que niegan la posibilidad de valoración político-criminal al mismo; en fin, por negar fuerza probatoria a tales análisis. Por el contrario, KÜBLER, *Steindorff-FS*, p. 703, defiende la relevancia político-jurídica de tal análisis consecuencialista precisamente para evitar errores y no sobrecargar después la decisión ética (o de principio) allí donde ésta es irrenunciable.

(134) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 211 y ss.

(135) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 241 y ss.

(136) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 298.

(137) Como señala EIDENMÜLLER, *Effizienz*, pp. 187 y ss., 322 no está claro cuál es el *status* de los derechos fundamentales en un esquema de razonamiento de tal carácter. Por lo demás, también debe tenerse en cuenta algo a lo que se ha hecho reiterada alusión: (EIDENMÜLLER, *Effizienz*, pp. 178 y ss., 321) que no hay identidad entre los criterios de la eficiencia y la maximización de la utilidad, sencillamente porque el concepto utilitarista de felicidad es más amplio que el económico de beneficio.

es si, incluso aquí, el cálculo de eficiencia es lo suficientemente amplio como para integrar en su seno todos los principios de garantía (y reglas de imputación) del Derecho penal. También sería importante determinar entonces si no cabría hablar de una suerte de «desnaturalización» del principio de eficiencia.

Decidir sobre esto es especialmente importante cuando se habla de incompatibilidad entre utilitarismo y filosofía individualista, señalando que, para aquél, el sacrificio de los derechos individuales de una minoría podría quedar perfectamente justificado por el bienestar de la mayoría (138). La cuestión es si eso resulta consustancial a la noción de eficiencia o si, por el contrario, es posible asignar un valor tan fundamental en el cálculo de coste-beneficio a tales derechos individuales que pueda concluirse que su sacrificio es ineficiente por superar los costes de la decisión los beneficios reportados por la misma (139).

La crítica que de modo más directo ha solido dirigirse al análisis económico del Derecho ha sido, precisamente, la relativa a su incapacidad de integrar valores. Ello ha tratado de apoyarse muy singularmente sobre la base de las tesis de los autores que han sostenido la eficiencia de la pena de muerte, por ejemplo. Y en esa medida es correcto, aunque en ocasiones se olvide que tales autores no han extraído *todavía* consecuencia alguna de la anterior constatación. Pero también es cierto, sin embargo, que las tesis utilitaristas sobre la prevención que se desarrollaron en el S. XVIII constituyeron una reacción contra la inhumanidad y crueldad de las penas en el antiguo régimen. En ese momento histórico, pues, la humanización del Derecho penal se sostuvo sobre la base de consideraciones de eficiencia (140). En efecto, si el coste o el precio era el instrumento de la intimidación, ésta no tenía por qué ser cruel, infamante o inocuizadora. Asimismo las concepciones acerca de la proporcionalidad desarrolladas en aquel momento histórico resultaron ser un producto de consideraciones utilitaristas (141). Por mi parte, añadiría que posiblemente el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena, o al menos algunos aspectos del mismo, resultan también ser consecuencias ineludibles de un análisis de coste-beneficio. Sin ir más lejos, un elemento de control permanente del sistema desde perspectivas de eficiencia es el de que los costes sociales globales de la represión del delito no pueden ser superiores a los de la tolerancia de ese delito so pena de incurrir en crasa ineficiencia. De modo que el principio de fragmentariedad y otros próximos tienen así una obvia fundamentación económica. Por lo demás, reglas de proporcionalidad

(138) Cfr. CALSAMIGLIA, *RCEC* 1, sept.-dic. 1988, p. 317.

(139) En el primer sentido, en la línea de sostener que el análisis económico del Derecho penal disuelve la relación del Derecho penal con el aseguramiento de derechos individuales elementales, WERNER, *KritV* 4/1992, p. 448, añadiendo que tal línea argumentativa se presta a una extensión del Derecho penal (pp. 450-451), con peligrosas consecuencias, dado lo sensible de la materia jurídico-penal.

(140) Lo reconoce KUNZ, *Kriminologie*, p. 85 n.º marg. 2.

(141) Cfr. KUNZ, *Kriminologie*, p. 87 n.º marg. 8; WERNER, *KritV* 4/1992, p. 441.

interna del sistema de sanciones derivan sin más de la misma aproximación utilitarista (142). Constituyen una imposición de la llamada «disuasión marginal» (*marginal deterrence*) que es un argumento permanente entre los teóricos del análisis económico del Derecho en Derecho penal (143).

Es cierto, sin embargo, que este criterio de proporcionalidad relativa de las sanciones nada aporta en relación con la proporcionalidad absoluta entre hecho y sanción. Ni siquiera los intentos de algunos partidarios del análisis económico de resolver este problema por la vía de suponer que la pena más grave para el delito más grave fuera la de muerte (algo discutible en términos de justicia) es suficiente. En efecto, como Avio señala, en realidad cabría imaginar formas de sanción más graves de modo prácticamente ilimitado, mediante la adición de sucesivas formas de tortura al proceso de producción de la muerte (144). Así pues, parece que desde perspectivas de eficiencia no es posible aportar una solución al problema de la proporcionalidad absoluta (145).

De todos modos, habría quien trataría de derivar un principio de proporcionalidad absoluta de la idea de eficiencia en su sentido más estricto. En efecto, si se logra constatar que el delito más grave (el asesinato, por ejemplo) se consigue mantener bajo control con penas privativas de libertad o que, en todo caso, no se logra reducir en términos relevantes con la introducción de la pena de muerte o de tortura, entonces tendríamos un límite máximo derivado de la idea de eficiencia a partir del que la proporcionalidad relativa, regida por consideraciones de disuasión marginal, podría operar convincentemente (146). El pro-

(142) Así BECCARIA, *Tratado*, parágrafo VI (proporción entre los delitos y las penas), p. 35: «Si se destina una pena igual a dos delitos, que ofenden desigualmente a la Sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja». También BENTHAM, *Compendio*, II, p. 52, en su tercera regla: «Si concurren dos delitos de gravedad desigual, el mayor debe ser castigado con una pena más fuerte, para dar al delincuente un motivo de detenerse en el menor». Y en su cuarta regla «Cuanto más grave es un delito, tanto más se puede aventurar una pena severa, por la probabilidad de prevenirlo de este modo»; y por el contrario, aplicar grandes suplicios a pequeños delitos es pagar bien cara la probabilidad de librarse de un ligero mal».

(143) Cfr. POSNER, *Col. LR 85*, 1985, pp. 1208-1209, indicando que ésta probablemente no desempeñaría un papel tan importante si, para delitos más graves, se incrementara la probabilidad de aprehensión.

(144) AVIO, *Economic, Retributive and Contractarian Conceptions of Punishment*, en *Law and Philosophy* 12, 1993, pp. 249-286, p. 259. Este autor trata de ofrecer una superación de lo que entiende deficiencias de los modelos kantiano y de análisis económico del Derecho penal mediante la vía de la teoría del contrato (pp. 249, 275 y ss.), aunque sus conclusiones resulten próximas a un modelo económico matizado más que al kantiano.

(145) Sobre que el modelo no deja lugar para la proporcionalidad, SEIDMAN, *YLIJ* 94, 1984, pp. 320, 333, mientras que nuestro sistema parte intuitivamente de una vinculación entre la sanción y el hecho cometido y su desaprobación moral.

(146) No en vano, se ha señalado que las ejecuciones públicas de penas de muerte con tortura del Antiguo Régimen trataban de contrarrestar el bajo coeficiente de probabilidad de aprehensión. Al aumentar éste, ya no se muestran necesarias: POSNER, *Col. LR 85*, 1985, p. 1211.

blema es que existen estudios empíricos que parecen constatar la eficiencia de la pena de muerte. A partir de ahí sólo caben dos opciones: o se admite que la exclusión de su legitimidad es producto de un principio externo ajeno a la idea de eficiencia; o bien se incluye en el análisis de eficiencia el valor de ciertos derechos inalienables, atribuyendo un alto coste a su privación, con lo que ciertamente seguiremos moviéndonos en el seno de la misma, pero resultará dudoso que hayamos mantenido la pureza económica del criterio.

En todo esto, sin embargo, se da una cuestión previa. A saber, la determinación de qué se entiende por *coste* y por *beneficio* y en qué medida el respeto de derechos puede estimarse beneficio y su vulneración coste. De entrada, como antes se subrayó, el entendimiento estrecho del «*wealth maximization principle*» (frente, por ejemplo, a un «*welfare maximization principle*»), parece oponerse a la introducción en su seno de principios, derechos o garantías. Sin embargo, si, en virtud de un denominado «imperialismo económico» (147), se parte de que todas las actividades humanas acaban describiendo «mercados implícitos» y de que todo fenómeno humano es reconducible a una reducción de los costes de transacción o tiene que ver con la existencia de grandes costes de información, quizá entraría en la propia lógica del análisis económico del derecho la idea de que todo es reconducible a precio (148). La dificultad residiría entonces en la *determinación de los costes y los beneficios que resultan de la acogida o rechazo de un determinado derecho, de un determinado valor o principio de garantía en Derecho penal. Y esta determinación del «coste (y el beneficio) de la libertad» se hace muy difícil* (149).

(147) MERCADO, *El análisis*, pp. 75 y ss.

(148) MERCADO, *El análisis*, p. 78: «En este fenómeno de expansión (*scil.* de la ciencia económica) categorías como ‘mercados implícitos’, o ‘precios sombra’ permiten la traducción en términos económicos de bienes y fenómenos no mercantiles o patrimoniales. El concepto de coste de oportunidad, al hacer referencia a los costes del uso alternativo de los recursos, permite asignar a toda acción humana un coste, un precio que permite hacerla ingresar en la lógica del cálculo maximizador».

(149) Como apunta JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), Bogotá 1994, pp. 39-40, a propósito de los criterios de ponderación del riesgo permitido: «¿qué vale una vida humana en el tráfico rodado, o, más concretamente, en el tráfico de particulares en días de fiesta? ¿Qué valor corresponde a un riesgo contra la salud en el puesto de trabajo en comparación con condiciones de producción rentables?». También BECKER, en Becker / Landes, *Essays*, p. 45, señala que «reasonable men will often differ on the amount of damages or benefits caused by different activities», añadiendo de modo cauteloso que «these differences are basic to the development and implementation of public policy but have been excluded from my inquiry. I assume consensus on damages and benefits and simply try to work out rules for an optimal implementation of this consensus».

Quizá sea más fácil la inclusión en el análisis de coste-beneficio del principio de culpabilidad, entendida como responsabilidad personal por un hecho cometido por el propio sujeto (150). Pues, en efecto, si tal conexión no se diera, el sujeto no tendría ningún motivo para no infringir las normas protegidas por la amenaza penal (151). Y lo mismo cabe sugerir a propósito de la imputación personal y el poder actuar de otro modo (152). En realidad, esto ya se plantea en el utilitarismo clásico. Así, podemos leer en *Bentham* (153) que

«Es pena ineficaz la que no podría producir efecto alguno sobre la voluntad, y que por consiguiente no serviría para prevenir otros actos semejantes. Es ineficaz pues la pena cuando se aplica a individuos que han obrado sin conocimiento, o sin intención, o por una fuerza irresistible, o por un temor superior a la pena, o por la esperanza de un bien preponderante».

En esta medida, pues, podría apreciarse una coincidencia entre análisis económico y respeto de la autonomía de la persona. Frente a ello, en cambio, fueron las perspectivas del *homo sociologicus*, o del delincuente patológico de finales del S. XIX las que implicaron una considerable limitación de las garantías individuales, con propuestas como la de introducir la castración punitiva y otras de signo estrictamente instrumentalizador (154). De modo que parece que la eficiencia sí posee alguna capacidad, por limitada que ésta sea, de generar o, al menos, integrar en su seno principios político-criminales de garantía del ciudadano.

El punto de vista contrario sostiene, frente a la fe expresada por algunos acerca de la capacidad de la eficiencia para integrar las garantías liberales, que es preciso construir límites externos. Dicha perspectiva, *partiendo de una visión estricta del significado de la eficiencia económica*, entiende que no cabe justificar metodológicamente que ésta sea el único fin o el fin superior de la política jurídica (155). Los derechos fundamentales, aparecerían, así, como límite infranqueable de las consideraciones de eficiencia (156). A mi entender, ésta es la tesis más difundida,

(150) SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, pp. 335-336, 338, señala que un sistema eficiente de justicia penal debe basarse en la idea de culpabilidad (*blaming*) porque el control a través de la inhibición moral (que se derivaría de la adecuación del sistema al principio de culpabilidad: «*blaming teaches moral inhibitions*» —nota 65—) daría lugar a un coste social inferior por unidad de prevención. De todos modos, debe distinguirse aquí entre el principio y las reglas de imputación de culpabilidad: «As an institution, blaming potentially serves to minimize the social cost of crime, but this fact provides no guarantee that the choice of people to blame will necessarily have similar good consequences», (p. 340).

(151) LÜDERSSEN, *IURIS* 3/1994, p. 69. Ya BENTHAM, *Compendio*, II, pp. 54-55. En cambio, AVIO, *Law and Phil.* 12, 1993, p. 261, señala que la lógica de la eficiencia podría requerir o, al menos, permitir la sanción del inocente en determinadas circunstancias.

(152) LÜDERSSEN, *IURIS* 3/1994, p. 69.

(153) *Compendio*, II, pp. 49-50.

(154) Pone de relieve esta contraposición EHRLICH, *BJC* 22-2, 1982, p. 136.

(155) En este sentido EIDENMÜLLER, *Effizienz*, pp. 325-326.

(156) EIDENMULLER, *Effizienz*, pp. 468 y ss., 489 y ss., 497.

de modo que, aunque probablemente se acepta que la eficiencia es elemento integrante de la noción de justicia (157), también parece que se entiende que con el solo instrumento de la eficiencia no cabe aspirar a una pleno cumplimiento de todos los fines del Derecho (158). Por poner un ejemplo que nos resulte próximo, está claro que desde consideraciones de eficiencia puede propugnarse la adopción de medidas de despenalización por razones de utilidad (159). En cambio, subsisten dudas más que razonables acerca de que siempre que la consideración de eficiencia conduzca a la sanción, ello pueda y deba producirse sin vulneración de principios irrenunciables de garantía. De ser así las cosas, habría que dar por respondida negativamente la cuestión de si el Derecho penal puede fundarse sólo en consideraciones de eficiencia (esto es, de modo no ya sólo necesario, sino suficiente), para pasar a construir modelos dialécticos o eclécticos. A este respecto es preciso subrayar que incluso desde tesis próximas al análisis económico se conviene que la dignidad humana y la autonomía individual son bienes jurídicos que se sustraen a la valoración mediante cálculos de utilidad individual o colectiva (160). En definitiva, pues, *se concluiría la existencia de un conflicto en medida por determinar entre eficiencia económica y derechos individuales* (161). *La cuestión central radicaría en cómo resolverlo: en otras palabras, dónde se encuentra el límite normativo-valorativo de las consideraciones de eficiencia* (162) y cómo (desde qué premisas) puede construirse (163), si es que realmente existe.

Por mi parte, y pese al difícil dilema que se ha planteado en las páginas anteriores, me inclino por aceptar, en línea de principio, la posibilidad de que un principio de eficiencia pueda ser suficiente para legitimar normativamente la intervención punitiva del Estado. Sin embargo, ello presupone el *rechazo de una interpretación reduccionista del juicio de*

(157) CALABRESI, *AFD* 1985, p. 227; CALSAMIGLIA, *RCEC* 1, sept.-dic. 1988, p. 305.

(158) CALSAMIGLIA, *RCEC* 1, sept.-dic. 1988, pp. 333, 334, 335.

(159) Así, por ejemplo, para el sector del tráfico viario, ALBRECHT (Hrsg.), *Rechtsgüterschutz und Entkriminalisierung*, Baden-Baden 1992, pp. 12-13: dada la falta de estigmatización de las sanciones penales en este ámbito, la relativamente escasa probabilidad de descubrimiento y sanción, y los limitados efectos derivados de la gravedad de la sanción, el mantenimiento de la intervención del Derecho penal en este campo arroja mayores costes que beneficios.

(160) KÜBLER, *Steindorff-FS*, pp. 701-702.

(161) Referencias a aspectos de ese conflicto en LÜDERSSEN, *IURIS* 3/1994, pp. 63-64, con alusiones a Posner.

(162) LÜDERSSEN, *IURIS* 3/1994, p. 64.

(163) En esta línea iría lo indicado por MERCADO, *El análisis*, p. 280, cuando indica que el futuro del análisis económico del Derecho «pasaría por el proyecto ambicioso de su integración con la teoría de los puntos de partida, con las teorías filosóficas y económicas de la distribución y con el estudio 'científico' de los valores». Ello, por lo demás, no estaría lejos de las tendencias liberal-reformistas del análisis económico del Derecho, que rechazan la consideración de la eficiencia económica como único criterio normativo para la decisión jurídica (MERCADO, *El análisis*, p. 61).

eficiencia, para pasar a sostener la apertura del mismo a la sociedad, a fin de permitir una primera integración en su seno de los principios de garantía. Así, resulta imprescindible «salir» de la idea estrecha de eficiencia (impracticable en este punto) para conocer el valor económico que, en el *contrato social*, se ha asignado a todos y cada uno de los derechos o principios de garantía jurídico-penales: qué beneficios se asocian a su vigencia y qué costes implica su privación. En efecto, el conocimiento de tal «valor» constituye presupuesto necesario de la posterior aplicación a actos o instituciones concretas del cálculo de coste-beneficio. Ciertamente, hay quien estima discutible que dicho valor —convencional, constitucional, cultural— atribuido a derechos y garantías pueda aprehenderse sin «salir» del método del análisis económico del Derecho (164). Con todo, a mi entender, *el valor social (económico) que, en términos contractualistas, se asigna a tales derechos y garantías define un marco cultural en el que deben operar los análisis de coste-beneficio* de los que resultará la eficiencia de un determinado sistema del Derecho penal. *En efecto, derechos y garantías están, de entrada, sujetos al juego de las preferencias individuales (articulado formalmente en el consenso)*. Ahora bien, conviene no olvidar que dicha eficiencia, como cualquier otro principio jurídico-normativo, incluso como principio eventualmente integrador de todos los demás, no constituye obviamente un fin en sí mismo, sino que se limita a ser un medio con la persona como horizonte. Por eso han de regir aquí, adicionalmente, los límites ontológicos derivados de la idea de *persona* y que, a mi juicio, operan frente a cualquier construcción normativista. La cuestión es, entonces, establecer tales límites, que describen el ámbito de lo *indisponible* para el consenso y, en concreto, para el juego de las preferencias individuales (165).

(164) Esto es, por una vía puramente econométrica, ajena a las aspiraciones de una determinada sociedad, de cultura dada, que se plasman en una noción contractualista de lo justo. Cfr., por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 206, 295-296, con referencias a Baumann.

(165) En realidad, el *consenso* no es sino el producto del juego de *preferencias económicas individuales*. Y su límite es el «ser» de la persona, su dignidad y la ontología objetiva de valores que de aquéllos resulta.