

# APROXIMACIÓN Y OBSERVACIÓN CRÍTICA DESDE LA ÓPTICA PENAL DE LA APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO - ESPECIAL REFERENCIA AL DELINCUENTE ECONÓMICO

Róger Yon Ruesta\*

Armando Sánchez-Málaga Carrillo\*\*

*¿Conoce y entiende el delincuente potencial (...) las implicaciones que para él tiene la norma que pretende influirle? Si las conoce, ¿hará uso de tal conocimiento en el momento de tomar sus decisiones? Si conoce la norma y es capaz y está dispuesto a ser influido en sus elecciones ¿es su percepción de sus decisiones de un tipo tal que es probable que escoja cumplir la ley antes que cometer el delito? Esto es: ¿superan los costes percibidos del incumplimiento los beneficios percibidos de la conducta delictiva como para causar la decisión de omitir la conducta delictiva?\*\*\**

*En el presente artículo, los autores discuten acerca de la viabilidad de aplicar el Análisis Económico en el campo del Derecho Penal. Tras un análisis completo de los fundamentos de la norma jurídico-penal, del Estado social y democrático de Derecho, de la racionalidad del delincuente al momento de cometer delitos; los autores señalan que el Análisis Económico del Derecho no puede tener como objeto el sistema global de Derecho Penal y, menos aún, la norma jurídico-penal o la función que cumple la pena. En ese sentido, proponen aplicar el mencionado método analítico para evaluar las acciones no penales de prevención del delito.*

\* Abogado. Estudios de postgrado en la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Consorcio Roger Yon & SMB Abogados.

\*\* Abogado. Estudios de postgrado en la Universidad de Barcelona y en la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Consorcio Roger Yon & SMB Abogados.

\*\*\* ROBINSON, Paul. "Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida". Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons. 2012. p. 54.

## I. INTRODUCCIÓN

Como su título lo indica, el presente artículo efectúa, desde la óptica penal, una aproximación a la problemática de aplicación del Análisis Económico del Derecho. Es objeto de este trabajo definir la viabilidad y forma de aplicar esta metodología de análisis al campo del Derecho Penal. Luego de esta breve introducción, como resulta necesario tener en cuenta cuál es el estado de la cuestión antes de preguntarnos si es posible aplicar una metodología de análisis como la propuesta, en el segundo apartado de este artículo se describe el marco jurídico (normativo y judicial) en el que se plantea la pregunta acerca de la aplicación del análisis económico. En el tercero apartado, se detallan los planteamientos centrales del análisis económico del Derecho y, en específico, se abordan las propuestas de aplicación del mismo al Derecho Penal. En el siguiente apartado, se sostiene la necesidad de que una eventual aplicación del Análisis Económico al Derecho Penal pase por el tamiz del modelo de Estado en el que se inscribe el ordenamiento jurídico penal, esto es, el Estado social y democrático de Derecho. A continuación, en el quinto apartado, se destaca la importancia de la valoración en la labor de la dogmática penal, lo que pone en evidencia la insuficiencia del Análisis Económico del Derecho como único (o principal) método de análisis y, por consiguiente, de interpretación de las normas jurídico penales. Se acude entonces a un ejemplo extraído de la dogmática penal: el caso de la interrupción de cursos causales salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización. En el sexto apartado, se establece que no todo delincuente toma una decisión racional al delinquir, por lo que la aplicación del análisis económico deberá limitarse a aquellos delitos en los que sí se produzca una decisión de ese tipo. Finalmente, ante las limitaciones expuestas, se esboza una propuesta centrada en el que análisis económico sea utilizado como una herramienta subsidiaria de valoración de las medidas de prevención no penales en los delitos económicos, que son aquellos en los que nos encontramos frente a un delincuente racional que toma decisiones basadas en el análisis costo-beneficio.

## II. MARCO JURÍDICO EN EL QUE SE PLANTEA LA PREGUNTA ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO AL DERECHO PENAL

La pregunta acerca de si resulta posible aplicar el análisis económico al Derecho Penal nos obliga a revisar el contexto normativo y judicial sobre el cual pretende ser aplicado. La lucha contra la delincuencia en nuestro país ha adoptado múltiples caminos que no han respondido a criterios de razonabilidad y coherencia ni a un diseño de sistema penal contra la criminalidad. Inicialmente, el Código Penal de 1991 generó múltiples expectativas a partir de una parte general que recogía la teoría finalista del delito y postulaba que la pena debía ser aplicada teniendo en consideración la resocialización del condenado<sup>1</sup>, haciendo referencia a la exigencia constitucional recogida en el artículo 324 de la Constitución Política del Perú de 1979<sup>2</sup>. Se trataba de una regulación que surgía en una época en la que la pena privativa de la libertad máxima alcanzaba los veinticinco años, no existía la cadena perpetua y aludir a la reincidencia o la habitualidad para fundamentar la pena de un delito posterior era blasfemia pura.

En el plano judicial, las insuficiencias de la teoría final de la acción han denotado serias dificultades para la probanza en la sentencia condenatoria de la correlación entre intención y resultado criminal, con la consiguiente restricción del derecho de defensa del imputado. Ejemplo de lo anterior lo constituye la imputación subjetiva asentada en el elemento "intención" con el que la Corte Suprema pretende diferenciar el delito de homicidio agravado ("para ocultar o facilitar otro delito") del delito de robo con consecuencia muerte previsto en el artículo 189 numeral 4 párrafo in fine del Código Penal. Al respecto, el Acuerdo Plenario 03-2009/CJ-116, emitido por la Corte Suprema de la República, establece: "8. Distinto es el caso del asesinato para facilitar u ocultar otro delito. Aquí el autor mata con el fin de conseguir un propósito ulterior (...) En ambos supuestos, pues, el elemento subjetivo del tipo legal es determinante. En tal sentido, la

<sup>1</sup> Una visión crítica de la teoría de la rehabilitación en: ROBINSON, Paul H. Op. cit. pp.125-134.

<sup>2</sup> De acuerdo al Código de Ejecución Penal, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

referencia legal al mundo interno del agente, a la finalidad que persigue, es de tal relevancia que será suficiente para la consumación de la conducta típica que se compruebe la presencia de este factor”<sup>3</sup>.

Debe tenerse en cuenta que, ya en los años noventa, la teoría final de la acción había sido seriamente cuestionada por la doctrina, demostrándose que era poco plausible para ser postulada como ciencia que explicara solventemente los delitos, tanto los comisivos dolosos como los omisivos e imprudentes. Se plantea así la insuficiencia de las estructuras lógico-objetivas asentadas en lo óntico-ontológico<sup>4</sup>. Al respecto, el profesor Hurtado Pozo enumera las críticas y sostiene que “la idea básica del finalismo es criticada afirmándose que la finalidad del comportamiento humano depende del sistema normativo. Este condiciona la manera de cómo se caracteriza la finalidad de la acción. La noción de acción de la teoría finalista no sería, entonces, en contra de sus afirmaciones, una noción ontológica y pre-jurídica, sino más bien normativa. De modo que no es necesario recurrir a la noción de estructuras lógico-objetivas para justificar el análisis de la infracción”<sup>5</sup>. Agrega el mismo autor lo siguiente: “Se trata de explicar que algunos actos inconscientes puedan ser dirigidos hacia un fin y que, solo en la medida que lo sean, deberían

entonces ser comprendidos como objeto posible de la valoración jurídico penal. Esta explicación supone, en realidad, el abandono de la premisa fundamental del finalismo (...). En buena cuenta, hay que admitir que la “historia de la teoría finalista es la historia de sus diversos y cambiantes intentos de explicar los delitos culposos”. Si bien es cierto que la acción, en un comportamiento culposos, también es un comportamiento final; sin embargo su finalidad es irrelevante en el ámbito penal”<sup>6</sup>.

Finalmente, añade Hurtado Pozo que la teoría finalista “también es criticada, por un lado, por concebir el dolo como algo natural (considerándolo sólo como fenómeno psicológico, intención) y, por otro, porque la manera como comprende la finalidad no permite explicar el denominado dolo eventual, en el que el agente no persigue alcanzar el resultado, sino sólo lo asume”<sup>7</sup>.

Ante el incremento de los delitos tradicionales, y al verse superado por la criminalidad económica, el legislador nacional recurrió rápidamente al aumento de las penas para los delitos existentes, desarticulándose la proporcionalidad de la pena abstracta con la que se había diseñado inicialmente el sistema de protección de bienes jurídicos, según la importancia de los intereses afectados.

<sup>3</sup> En el Acuerdo Plenario 03-2009/CJ-116 se recurre a dos elementos para efectuar la discriminación entre los delitos de homicidio para facilitar u ocultar otro delito y de robo agravado previsto en el párrafo in fine del artículo 189°. Por un lado, la finalidad o intención, y, por otro lado, el resultado. En esa línea, se analiza también el tipo penal de robo agravado y se señala que “el artículo 189° in fine CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Ésta se configura cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella –de los actos propios de violencia o vis in corpore– le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente pero que pudo prever y evitar”.

<sup>4</sup> Desde el punto de vista de la metodología de la norma, desde la perspectiva sintáctica y en relación al contenido semántico del requisito “capacidad de la acción final”, se formula la crítica a la omisión final en: SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. “Crítica formal del concepto de la omisión”. España. 1993. p. 987. Se resalta como alternativa al modelo clásico la teoría normativa de los derechos del profesor Habermas en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales”. En: ARROYO, Luis y Martín NIETO. “Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo”. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla de la Mancha. 2003. p. 99. Se establece una relación entre ontologismo y normativismo en: SCHÜNEMANN, Bernd. “Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio”. Lima: Editorial IDEMSA. 2006. pp. 154-169. Desde la óptica de la imputación objetiva y la adecuación social, y para rescatar la defensa del bien jurídico, ver: ROXIN, Claus. “El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual”. En: REYNA, Luis Miguel. “Derecho Penal y modernidad”. Lima: Ara Editores. 2010. pp. 126-134.

<sup>5</sup> HURTADO POZO, José. “Manual de Derecho Penal Parte General”. Cuarta edición. Tomo I. Lima: Editorial IDEMSA. 2011. p. 379.

<sup>6</sup> HURTADO POZO, José. Op. cit. p. 380.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

Se llegó entonces a un escenario en el que, por ejemplo, el tipo básico de secuestro cuyo objeto jurídico es la libertad tiene una pena mínima no menor de veinte años y una máxima de treinta años (artículo 152 del Código Penal), mientras que la lesión a la vida está protegida con pena privativa de la libertad de seis a veinte años (artículo 106 del Código Penal). Esta distorsión podría hacer pensar válidamente que en nuestro país la libertad guarda un nivel de importancia mayor que la vida humana.

Pero no sólo es el caso de haber adoptado una teoría del delito en su ocaso, a lo que se le suman factores endémicos como el de la pobre formación académica y los altos niveles de corrupción en cierto sector de los operadores de justicia, sino que el legislador ha adoptado la política de promulgar leyes según la conmoción que ciertos casos paradigmáticos ocasionan en la sociedad. De ahí que haya surgido, por ejemplo, la figura del “feminicidio” (que ya no es sólo un concepto, sino que constituye una figura agravante autónoma del parricidio en el artículo 107 del Código Penal) o que se proponga la creación del delito de “negacionismo” como figura penal de lucha contra el terrorismo cuando se está ad portas del cumplimiento de la pena de los principales cabecillas de la organización terrorista Sendero Luminoso. Un proceso similar ha acontecido con los delitos contra la libertad sexual, criminalizándose al cliente de la prostitución de menores de entre 14 y 18 años de edad (artículo 179-A del Código Penal) con la expectativa –a nuestro criterio cándida– de que eliminándose la clientela se eliminará la demanda para ese sector juvenil y con ello la prostitución del mismo. Sin embargo, no se ha tomado en cuenta la existencia de diversas condiciones sociales y familiares que ocasionan dicha clase de prostitución: desarraigo, pobreza extrema, estructuras familiares resquebradas, criminalidad organizada, niveles de frustración particular no atendidos, discriminación, arribismo, etcétera.

El profesor Villavicencio apunta, entonces, a que uno de los factores que propician la disfuncionalidad normativa es la propia dación de leyes como factor de criminalización

primaria: “Es evidente que quien crea las normas penales es el Poder Ejecutivo, quien frecuentemente asume la función de legislar sobre materia penal (...). Estas leyes penales son elaboradas sin suficiente atención a recomendaciones y conclusiones de las investigaciones penales y criminológicas y normalmente son producto sólo de los conocimientos y aportes de los miembros de las comisiones (que designa el Ejecutivo a tal efecto)”<sup>8</sup>.

Por otro lado, somos testigos de que las normas jurídico-penales no pueden alcanzar el mensaje conmutativo (por el delito cometido, aplicación de determinados años de pena privativa de la libertad), ya que en la práctica se ha perdido toda confianza respecto de la resocialización penitenciaria. Ello no solo porque en el ámbito internacional no existan datos estadísticos de resultados positivos importantes que la sustenten, sino porque en el ámbito nacional no existen datos empíricos de que su finalidad haya sido alcanzada a través de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Por el contrario, el postulado constitucional de la resocialización rápidamente ha sido manipulado para constituirse en un elemento de negociación indebida, de tal forma que los beneficios penitenciarios hoy en día no demuestran tal objetivo constitucional, sino que en muchos casos son materia de comercio ilegal. El efecto inmediato que genera este proceso en la población es el descrédito de los beneficios penitenciarios. Pero lo más grave es que se genera desconcierto en la población y una sensación de impunidad, ya que quien comete un delito purga ciertos años de pena privativa de la libertad que no se corresponden con el *quantum* de lo que debiera purgar por el delito que perpetró. De allí que veinte o veinticinco años de pena privativa de la libertad se traduzcan realmente en la ejecución de un tercio de la pena privativa de la libertad impuesta y esto, muchas veces, como consecuencia de actos de corrupción.

El aumento desmesurado de la pena y su real aplicación generan inseguridad y la pérdida del mensaje de justicia conmutativa y justicia distributiva. Se produce la sensación de que no existe sanción del delito perpetrado y

<sup>8</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Introducción a la Criminología”. Lima: Editorial Grijley. 1997. pp. 165-166.

no se explica la necesidad de la supuesta disminución de pena. En realidad, tal “disminución de pena” puede responder al temor que generaría el perder el control total en razón a factores como la explosión demográfica en las cárceles, el colapso de las mismas con la inseguridad correspondiente y que la cárcel, en lugar de constituirse en un lugar donde se controla la delincuencia, se configure en un generador de la misma, a partir de la concepción que desde las cárceles se programan y digitan los delitos.

Se suma a lo anterior una temática, que no puede ser ampliada en el presente artículo, relativa a los problemas que surgen en la interpretación y aplicación de la norma jurídico penal. Se trata de la interpretación conforme a la Constitución y la orientada a la Constitución que han llevado al profesor Kuhlen a afirmar drásticamente lo siguiente: “Que la cuestión controvertida descrita también constituye un problema importante desde la perspectiva práctica lo demuestra la crítica manifestada frecuentemente y basada en muchos ejemplos, conforme a la cual los tribunales y, a la cabeza de todos ellos, el Tribunal Constitucional Federal rebasan con frecuencia los límites de la admisible interpretación conforme a la Constitución, manejan la interpretación conforme a la Constitución de una “manera” a menudo “acrobática” y “casi siempre” favorecen “la interpretación más remota”, frecuentemente alambicada y muy alejada de las representaciones de todos los intervinientes”<sup>9</sup>.

Ahora bien, frente a las múltiples metodologías para enfrentar el delito (represión absoluta, estado policial, prevención general negativa, compensación punitiva absoluta del delito, motivación a través de la intimidación, etcétera.) surge desde el Análisis Económico del Derecho un planteamiento metodológico centrado en la decisión racional del delincuente. Así, se propone enfrentar la criminalidad atendiendo a que la norma jurídico-penal va a ser analizada por el delincuente y tomada en cuenta previamente a la realización del delito, al efectuar un análisis de los costos y beneficios de su ejecución y sus probables efectos<sup>10</sup>. Esta propuesta nos obliga a separar dos aspectos distintos. Por un lado, la legitimidad de utilizar el análisis económico en sede penal. Por otro lado, la aplicabilidad de esta metodología de análisis como herramienta de la política criminal. Así, antes de decidir cuál es el sentido utilitario de la aplicación de una determinada norma jurídico penal, debe verificarse si esta encuentra fundamentación en un Estado social y democrático de derecho, que es el modelo propuesto por nuestra Constitución.

### III. ANÁLISIS ECONÓMICO Y DERECHO PENAL

El Análisis Económico del Derecho<sup>11</sup> es descrito por el profesor Mery Nieto como “la aplicación de la teoría económica, y específicamente la teoría microeconómica neoclásica y economía del bienestar,

<sup>9</sup> El profesor Kuhlen afirma que una interpretación conforme a la Constitución surge cuando, existiendo varias posibilidades interpretativas, por lo menos una es conforme a la Constitución y por lo menos otra podría ser calificada válidamente como inconstitucional. La idea entonces es escoger una de las posibilidades interpretativas conforme a la Constitución. Por su parte, una interpretación orientada a la Constitución exige que necesariamente se tenga en cuenta las previsiones jurídico-constitucionales al momento de elegir entre las diversas variantes interpretativas conforme a la Constitución. La interpretación orientada a la Constitución funge de principio a aplicarse en la ponderación entre varias posibilidades interpretativas. En: KUHLEN, Lothar. “La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales”. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Editorial Marcial Pons. 2012. pp. 24-25 y 38.

<sup>10</sup> Sin perjuicio de lo que se señalará más adelante, pueden plantearse algunos ejemplos en los que el delincuente tradicional efectuaría cierto análisis económico de su delito. Así, en los delitos patrimoniales tradicionales, puede ser que el delincuente tenga en cuenta que, del beneficio patrimonial obtenido indebidamente, deberá restar los gastos de corrupción en operadores judiciales y funcionarios penitenciarios, a fin de obtener beneficios penitenciarios indebidos y reducción de la pena privativa de la libertad impuesta. El delincuente también puede efectuar cierto análisis económico de las consecuencias delictivas de su hecho. Es el caso del delincuente sexual a quien le resulta más conveniente matar a la víctima, logrando que no exista quien lo delate y recibiendo la pena del homicidio, delito que le permitirá acceder a beneficios penitenciarios que reduzcan su pena, cosa que no ocurrirá de imputársele el delito sexual tipificado en el artículo 173 del Código Penal.

<sup>11</sup> Para un completo desarrollo de la problemática del análisis económico del Derecho, ver: BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”. Segunda edición. Lima: Editorial Palestra. 2006. Una visión crítica en: HERNANDO NIETO, Eduardo. “Deconstruyendo la legalidad. Ensayos de teoría legal y teoría política”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2002. pp. 43 y siguientes.

al análisis y explicación del sistema jurídico<sup>12</sup>. Agrega dicho autor que “la idea de racionalidad humana que está detrás del análisis económico neoclásico y, en general, del Análisis Económico del Derecho, supone que los individuos son capaces de comportarse estratégicamente en un entorno de incentivos, esto es, la capacidad de mantener un cierto orden de preferencias individuales, buscando su maximización<sup>13</sup>. En esa línea, se sostiene que “lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho<sup>14</sup>”.

Se construye el Análisis Económico del Derecho a partir de tres supuestos claves: el paradigma del *homo economicus*, el sistema de mercado como modelo de decisión óptima y la eficiencia económica como el principal valor social. Según el profesor Mery Nieto, “a partir de estos supuestos, los analistas económicos del Derecho coinciden en que la teoría económica constituye una teoría capaz de predecir el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas, señalando que el Derecho afecta la conducta humana de dos formas distintas: fijando precios para determinadas conductas y, a través del derecho de propiedad, influyendo en la asignación de los recursos en una sociedad<sup>15</sup>”. La finalidad de esta metodología de análisis es, por consiguiente, lograr “un Derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un Derecho eficiente, es decir un Derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines<sup>16</sup>”.

Se sostiene que el criterio de eficiencia que ha reunido mayor consenso entre los especialistas es el de Pareto. Al respecto, “un estado de cosas es óptimo en términos de Pareto si ningún otro estado es superior a él

en términos de Pareto, es decir, si cualquier alejamiento con respecto a ese estado de cosas hace mejor a por lo menos un individuo sin empeorar a nadie<sup>17</sup>. A esta formulación, se añade la propuesta de Kaldor y Hicks quienes desarrollan una idea de compensación para hacer frente a la carencia que al respecto plantea el óptimo de Pareto. Dichos autores acuden a la idea de eficiencia como criterio de bienestar social y sostienen que “un estado de cosas P es eficiente en términos de Kaldor-Hicks a otro estado de cosas Q, si después de moverse de Q a P, los ganadores pueden compensar a los perdedores<sup>18</sup>”.

Para completar el escenario, es Richard A. Posner quien postula un principio de maximización de la riqueza, el cual implica “una distribución inicial de los derechos individuales (vida, libertad y trabajo) entre sus propietarios naturales, mercados libres para permitir que esos derechos sean reasignados periódicamente a otros usos, disposiciones legales que simulen las operaciones del mercado, un sistema de recursos legales para disuadir y rectificar el atropello de los derechos, y un sistema de moralidad personal para reducir los costos de transacción en el mercado<sup>19</sup>”.

Habiendo fijado la propuesta central del Análisis Económico del Derecho como metodología, debemos concentrarnos ahora en recoger aquellas propuestas de aplicación de dicho método al Derecho Penal y sus instituciones. Al respecto, debe destacarse el escrito de Gary Becker<sup>20</sup>. Un claro resumen de sus postulados es presentado por el profesor Mery Nieto: “La conducta criminal está basada en criterios racionales de elección; al maximizar su bienestar las personas no necesariamente ven como excluyentes las conductas ilegales de las

<sup>12</sup> MERY NIETO, Rafael. “Notas sobre Análisis Económico del Derecho: Una mirada desde América Latina”. En: Revista Derecho y Humanidades. Número 10. 2004. p. 123.

<sup>13</sup> Ibidem

<sup>14</sup> BULLARD GONZÁLES, Alfredo. Op. cit. p. 41.

<sup>15</sup> MERY NIETO, Rafael. Op. cit. p. 126.

<sup>16</sup> BULLARD GONZÁLES, Alfredo. Op. cit. p. 43.

<sup>17</sup> MERY NIETO, Rafael. Op. cit. p. 124.

<sup>18</sup> Ibid. p. 125.

<sup>19</sup> Ibid. p. 126.

<sup>20</sup> Para un completo desarrollo del tratamiento del Derecho Penal por parte del análisis económico del Derecho. Ver: BECKER, Gary. “Crime and Punishment: An Economic Approach”. En: Journal of Political Economy. Volumen 76. 1968.

restantes actividades legales; los individuos incurrir en conductas ilegales en la medida que los beneficios que esperan recibir de ellas excedan los que obtendría de usar su tiempo y otros recursos en otras actividades ya sea productivas en el mercado legal o no productivas (descanso, estudio, tiempo familiar, etcétera.); y el uso del tiempo y otros recursos tiene un costo alternativo, el cual es evaluado por los individuos, de forma tal que, comparando costos y beneficios, toman la decisión de actuar o no conforme a los parámetros establecidos por la ley. Luego, el problema para todas las personas consiste en decidir cómo harán uso de su tiempo de forma tal de alcanzar el mayor nivel de satisfacción de acuerdo a sus objetivos y medios que poseen. Por tanto, las motivaciones de quienes tienen comportamientos ilegales, en lo esencial no difieren de aquellos que no lo hacen<sup>21</sup>.

En resumen, la elección por la comisión de un delito estaría relacionada a la probabilidad de ser descubierto, procesado, condenado y, finalmente, a que se ejecute la condena correspondiente. Se plantea entonces que “la cantidad de recursos dedicados a la prevención del crimen está en relación inversa con la cantidad de crímenes”<sup>22</sup>. Al respecto, se indica que en la distribución de los recursos de prevención del delito, deben tomarse en cuenta diversos factores: la probabilidad de descubrimiento del crimen y de arresto de los sospechosos; los costos del juicio y de la condena; los costos económicos de manutención y de personal en las prisiones; entre otros<sup>23</sup>.

Respecto de la fase de descubrimiento y aprehensión de criminales, se señala que la cantidad de recursos dedicados a tal fin están en relación directa con la reducción del crimen. Se sostiene que “la combinación ideal es aquella en que un dólar adicional

gastado ya sea en insumos de trabajo o de capital, proporciona una cantidad adicional igual de obediencia a la ley”<sup>24</sup>. Respecto de la fase de judicialización del hecho criminal, el Análisis Económico del Derecho propone que “la probabilidad de una condena es un factor altamente importante (quizás el principal), en la prevención del crimen”<sup>25</sup>. Finalmente, con relación a la fase de ejecución de la condena, se señala que “las duras sentencias de cárcel sí reducen en realidad ciertos tipos de actividad criminal, pero no tienen efectos sobre otros. Períodos más prolongados de encarcelamiento han demostrado ser efectivos en la disminución de los crímenes contra la propiedad (lo cual sugiere un cálculo beneficio-costos por parte de los posibles ladrones). Pero la duración de las sentencias pareció menos significativa en la prevención de crímenes contra personas”<sup>26</sup>.

En la misma línea, se propone que “una teoría del delito debe ofrecer predicciones acerca del efecto que distintas políticas penales tendrían sobre las tasas de los delitos y otros valores políticos”<sup>27</sup>. Se propone entonces que “el castigo de los delincuentes es probabilístico. Es posible que el delincuente no sea descubierto o aprehendido, o que sea aprehendido pero no condenado. Una persona que toma decisiones racionales toma en cuenta la probabilidad del castigo cuando considera cometer cualquier delito, incluido el abuso de confianza. Podemos decir que el abusador racional calcula un valor esperado del delito, que es igual a la ganancia menos el castigo multiplicado por la probabilidad de ser aprehendido y condenado”<sup>28</sup>.

#### IV. ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El profesor Günther Jakobs apunta que “la producción científica no se agota en la elaboración de un sistema clasificatorio

<sup>21</sup> MERY NIETO, Rafael. Op. cit. p. 130.

<sup>22</sup> NORTH, Douglas y Roger LE ROY MILLER. “Los aspectos económicos de la prevención del crimen”. En: Aspectos económicos del Derecho. p. 136.

<sup>23</sup> Se señala entonces que “el crimen cuesta. También cuesta la prevención del crimen. Pero ésta también proporciona beneficios a la sociedad, los cuales se pueden sopesar al tomar decisiones acerca de los métodos y de los costos de aplicación de la ley”. En: *Ibid.* Op. cit. p. 143.

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 137.

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 139.

<sup>26</sup> *Ibid.* p. 140.

<sup>27</sup> COOTER, Robert y Thomas ULEN. “Derecho y Economía”. Segunda edición. México: FCA. 2008. p. 648.

<sup>28</sup> *Ibid.* p. 663.

–dicho gráficamente: en ordenar un maletín de herramientas situando en compartimientos diversos los tornillos y los clavos–, ni tampoco en la elaboración de un sistema teleológico, es decir, en la colocación de los tornillos y los clavos en la secuencia en que han de utilizarse, y por lo tanto tampoco, o al menos no en un primer término, en la distinción entre derecho e injusto según criterios predeterminados, sino que la actividad científica se ocupa principalmente de la legitimación del Derecho Penal: la ciencia del Derecho Penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de cuál Derecho Penal es legítimo en una época determinada y cuál no lo es<sup>29</sup>. A partir de ello, sostiene el mismo autor: “Corresponde a la ciencia elaborar la auto comprensión normativa de su tiempo, reconducir el conjunto de las instituciones jurídicas al fundamento que les da legitimidad (...). En cambio, la obra que depura el concepto del Derecho hasta llegar al fundamento de su legitimación, es resistente al *dictum* de von Kirchmann (1847) y no se convierte en papel de desecho en virtud de “tres palabras rectificadoras del legislador”, ya que el fundamento no se encuentra a disposición del legislador: es éste el que, si no acierta al verdadero fundamento, no produce más que ‘leyes de desecho’<sup>30</sup>.

Como ya se señaló en el primer apartado de este artículo, plantear la aplicación del análisis económico al Derecho Penal implica pasar por el tamiz del modelo de Estado en el que se inscribe el ordenamiento jurídico penal. Se trata de un Estado social y democrático de Derecho, en el que rige como principio sustancial la dignidad humana. Al respecto, es importante conocer el contexto en el cual el profesor Mir Puig plantea la necesidad de estudiar el Derecho Penal en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. Al respecto, señala que cuando escribió su “Memoria” en 1975: “(...) Franco todavía vivía, y en su último septiembre, el de

aquel año, hizo ejecutar cinco penas de muerte. (...) Desde esta perspectiva, el modelo del Estado social y democrático de Derecho que se había proclamado en la Constitución alemana, como superación del Estado nacionalsocialista, apareció ante mis ojos como un modelo político válido también para superar el Estado franquista<sup>31</sup>.

Respecto del planteamiento, sostiene el profesor Mir Puig que, “en cuanto Derecho Penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y sólo en la medida– de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho Penal<sup>32</sup>. A partir de dicho modelo Estado se inclina por “decidir la alternativa básica de retribución o prevención a favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores<sup>33</sup>. En otro texto, el mismo autor sostiene que el Derecho Penal ha de conciliar dos principios contrapuestos: “la necesidad de limitar la potestad punitiva estatal frente al ciudadano, sometiénola al imperio de la ley y al respeto de los derechos fundamentales, y la de protección eficaz frente al delito, entendido como ataque a derechos e intereses personales o colectivos de los ciudadanos<sup>34</sup>. Afirma en el mismo sentido que “en un Estado democrático el Derecho no es un fin en sí mismo, sino que ha de estar al servicio de necesidades reales de los seres humanos<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> JAKOBS, Günther. “El Derecho Penal como disciplina científica.” Pamplona: Editorial Aranzadi. 2008. pp. 21-22.

<sup>30</sup> *Ibid.* pp. 22-23.

<sup>31</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig”. Madrid: La Ley. 2010. pp. 52-53.

<sup>32</sup> MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal Parte General”. Novena edición. Barcelona: Editorial Reppertor. 2011. p. 95.

<sup>33</sup> *Ibidem.*

<sup>34</sup> MIR PUIG, Santiago. “Bases constitucionales del Derecho Penal”. Madrid: Editorial Iustel. 2011. p. 59.

<sup>35</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Op. cit.* p.55.

Por su parte, el profesor García Rivas nos recuerda que el Derecho Penal se apoya “en esa referencia valorativa que la norma fundamental ofrece, de manera que bien puede hablarse, con Arroyo, de un “Programa penal de la Constitución”, es decir, de un conjunto de postulados político-criminales del que podamos afirmar que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar”<sup>36</sup>. En dicho marco, la dignidad humana se propone como postulado central. Así, debe entenderse que “la dignidad humana como principio fundamental implica establecer como criterio de justicia que las instituciones políticas y el Estado son para los hombres, no al contrario, los hombres para el Estado”<sup>37</sup>.

Se entiende entonces la importancia de entender que la sanción penal no puede justificarse únicamente en consideraciones de orden utilitarista. Al respecto, el profesor Nino recuerda lo siguiente: “Las críticas más corrientes a una justificación utilitarista de la pena –como la que hasta ahora hemos ofrecido–, como se sabe, son: que puede justificar la punición de inocentes, o la punición de quien actúa en forma excusable, o una punición desproporcionada a la gravedad del crimen. Sin embargo, hay una crítica mucho más fundamental que hacer a esta concepción, de la cual las anteriores son sólo manifestaciones superficiales: si el hecho de que el agente cometió cierto delito no es moralmente relevante para penarlo (o sólo lo es en forma derivativa relacionada con la efectividad de la pena), aun el agente que cometió consciente y voluntariamente un delito de gravedad proporcionada a la de la

pena, podría alegar que al aplicarle esa pena lo estamos usando como un mero medio en beneficio del resto de la sociedad”<sup>38</sup>.

En consecuencia, consideramos que la aplicación del Análisis Económico como herramienta de la política criminal, debe estar sometida a la limitación expuesta y enmarcada en el modelo de Estado correspondiente. En consecuencia, resulta viable buscar, desde una óptica utilitarista, en qué medida puede ser aplicado el Análisis Económico como una herramienta más<sup>39</sup>, pero no como factor determinante, ya que esto último colisionaría con la legitimación del Derecho Penal en un Estado social y democrático de Derecho, al utilizar al individuo como “mero medio” en beneficio del resto de la sociedad.

#### V. INSUFICIENCIA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO; EJEMPLO DE LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS CAUSALES SALVADORES AJENOS A LA PROPIA ESFERA DE ORGANIZACIÓN

El Leviatán, a través de normas jurídico penales, le señala al ciudadano, bajo un diseño específico del modelo de sociedad a seguir, qué comportamientos debe omitir o realizar. Por su parte, el ciudadano, actuando con autorresponsabilidad, desempeña con libertad un rol determinado. El principio de dignidad, como punto de partida de valores expresados en la Constitución, delimita la intervención penal. En ese marco, el profesor Gallego<sup>40</sup> sostiene que “los derechos se corresponden con obligaciones de actuar u omitir, esto es, con prescripciones, que pueden ser tanto generales o bien pueden ir dirigidas a sujetos determinados, por medio de las cuales el Derecho pretende

<sup>36</sup> GARCÍA RIVAS, Nicolás. “El Poder Punitivo en el Estado democrático”. Cuenca: Editorial de la Universidad de Castilla-La Mancha. 1996. p. 45.

<sup>37</sup> GALLEGO, Gloria María. “Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana”. En: VELÁSQUEZ, Fernando. “Derecho Penal liberal y dignidad humana”. Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez. Bogotá: Temis. 2005. p. 267.

<sup>38</sup> NINO, Carlos. “Fundamentos de Derecho Penal”. Buenos Aires: Gedisa. 2008. p. 37.

<sup>39</sup> Así, por ejemplo, puede plantearse en materia económica el caso de los dispositivos penales planteados por el legislador contra la minería ilegal bajo el discurso de que, con la lucha en contra de la actividad informal, se agota la criminalidad ambiental en el sector minero. Sin embargo, cabe anotar que la minería ilegal responde a actores económicos de mayor envergadura, ya que todo el acopio del mineral extraído –a costa de la merma ambiental– pareciera tener como único posible destinatario al gran delincuente económico, que, al igual que el empresario honesto, desarrolla su actividad empresarial en la minería formal. En un caso así, queda claro que el análisis económico puede ser una útil herramienta en el planteamiento de las políticas de prevención, más no un factor determinante en la elaboración de la norma jurídico penal.

<sup>40</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. “Responsabilidad Penal y Perjuicio Patrimonial”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002. pp. 35-36.

garantizar de cada ciudadano un mínimo de solidaridad con otros que se encuentran en una determinada situación de necesidad”.

La necesidad de valoración en la labor de la dogmática penal pone en evidencia la insuficiencia del Análisis Económico del Derecho como único (o principal) método de análisis y, por consiguiente, de interpretación de las normas jurídico penales. Debe tenerse en cuenta que la norma jurídico penal cumple una doble función comunicativa. Por un lado, comunica una prohibición (conducta típica de cuya realización deberá abstenerse el destinatario de la norma) o una prescripción (mandato de realizar una conducta determinada ante situaciones típicas descritas por la norma). Por otro lado, la norma jurídico penal también deberá comunicar la reafirmación de un valor social y, en esa medida, obtener legitimidad. Así responderá a la interrogante de porqué se establece determinada sanción.

En esa línea, el profesor Silva señala que el Derecho Penal pertenece a los medios de prevención comunicativa. Al respecto, distingue la racionalidad instrumental, como aquella que infunde miedo a las consecuencias que el delito tendrá para el que decida cometerlo, de la racionalidad valorativa, que pretende transmitir el valor social de los bienes que pueden ser afectados por el posible delincuente y el valor de la propia decisión social en tal sentido. Concluye así lo siguiente: “En el Derecho Penal como medio de prevención comunicativa ambos aspectos son muy relevantes. El primero, porque en toda decisión delictiva existe, en cierta medida, un cálculo de costes y beneficios. El segundo, porque pone de relieve que las normas penales no son condicionadas (como una norma técnica, por ejemplo), sino incondicionadas. Su mensaje no es, por tanto: “Si no quieres ir a la cárcel no mates”, sino que es “no debes matar”; esto es, no se trata sólo de que el comportamiento delictivo puede salir caro, sino de que no debe realizarse en absoluto”<sup>41</sup>.

Se pone en evidencia que la racionalidad instrumental no resulta suficiente y, en

consecuencia, un análisis económico no puede explicar de manera completa y profunda la función del Derecho Penal. La norma jurídico-penal, entonces, no sólo debe de comunicar una forma de comportamiento no deseado o la exigencia de un comportamiento que al Derecho Penal le interesa que uno realice; sino que debe poseer un sentido de reafirmación de determinados valores. Así podrá lograr legitimidad en un Estado social y democrático de Derecho como el configurado por nuestra Constitución. De lo contrario, se trataría de normas que –a partir del merecimiento de pena– abran las puertas al Estado a fin de que realice una punición indiscriminada. En cambio, en un sistema como el descrito, la norma jurídico penal debe traer consigo una justificación de porqué el Estado deberá aplicar una determinada pena a quiénes sea necesario aplicarla. Ese es un examen valorativo y no meramente aplicativo de la sanción penal. En ese marco, la norma jurídico-penal tiene un sentido de justicia y da sentido a un modelo liberal igualitario.

Ahondando en lo expuesto, desde una perspectiva distinta, el profesor Robles precisa que “afirmada la culpabilidad del sujeto por la erosión al Derecho (culpabilidad por el daño normativo-ideal), surge la necesidad de contemplar los efectos reales del delito. Tales efectos reales, constituyen otra dimensión del daño que también deberá compensarse a costa del culpable. Aquí el daño ya no es normativo-ideal, sino cognitivo o fáctico: el delito produce inseguridad (daño intelectual del delito). Cuando para contrarrestar tales efectos fuera necesario el recurso a la pena concretamente prevista por la proposición legal (...), el hecho sería sancionable. Cuando no lo fuera (...), entonces tendrá sentido contentarse con la declaración de culpabilidad y negar la imposición de la pena concreta en el sujeto infractor. Ciertamente, aquí la compensación no tiene lugar con arreglo a la lógica del “pago de lo mismo” (justicia conmutativa), sino con la del deber de tener que soportar el sufrimiento necesario para demostrar que el delito es, según una medida general, un “proyecto desafortunado”: justicia distributiva”<sup>42</sup>. Al

<sup>41</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Una primera lección de Derecho Penal”. En: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit. p. 83.

<sup>42</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo y Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ. “La crisis del Derecho Penal contemporáneo”. Barcelona: Atelier. 2010. pp. 59-60.

respecto, el profesor Henkel sostiene que “la imposición del castigo es un acto de justicia distributiva de la Sociedad, que impone al autor, conforme a su mérito una carga o deber con el fin de la reparación social (no de una reparación moral) (...) La pena representa, más bien, una prestación que el culpable ha de aportar a la sociedad y mediante la cual el infractor puede volver a recobrar el estatus de dignidad social, menoscabado por la comisión del delito”<sup>43</sup>. Es decir que cabe la posibilidad de que, de manera excepcional, la pena concreta no sea impuesta al sujeto infractor. Ello implica reconocer que la justicia conmutativa no resulta suficiente en la aplicación de la normativa jurídico penal. Un simple “pago de lo adeudado” no es aún suficiente, sino que debe atenderse además a criterios de justicia distributiva, en la que los parámetros de equidad y justicia deben ser considerados.

Por lo expuesto, puede concluirse que las normas jurídico-penales no solo tienen un sentido de costo-beneficio (que efectivamente es tomado en cuenta en las exposiciones de motivos de las diferentes normas), sino un sentido valorativo, en la medida que transmiten un valor social a cada ciudadano, quien mediante su autonomía podrá determinar si realiza libremente la conducta antijurídica previamente conocida. En resumen, al ciudadano la norma jurídico-penal no le puede exigir lo que no puede dar. En esa medida, la formulación y posterior aplicación de una norma jurídico-penal (que se traduce en la pena) conlleva una decisión de orden valorativo y no meramente utilitarista.

Quizás el problema mayor de efectuar una aplicación exclusiva y total de la metodología del Análisis Económico al Derecho Penal esté en la generalización o mecanización del examen; cuando justamente la decisión

valorativa del Derecho Penal implica un examen distinto y diferenciado caso por caso, en el que debe responderse a la pregunta de porqué debe o no sancionarse una determinada conducta.

Un caso que evidencia que, detrás del tema dogmático penal, siempre debe existir una valoración es el del tratamiento de la interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización. El problema es planteado por el profesor Silva en los siguientes términos: “¿la interrupción de cursos salvadores ajenos es atípica salvo que quede tipificada en virtud de la regulación legal del delito de omisión del deber de socorro? Quedan fuera de esta cuestión los casos de “interrupciones de cursos causales salvadores ajenos de garante” y los “casos de interrupción de cursos salvadores ajenos por garante”<sup>44</sup>. A fin de responder dichas interrogantes, debe evaluarse y valorarse porqué debieran o no sancionarse penalmente (imputando una mera omisión propia o imputando el resultado lesivo finalmente acaecido) aquellas conductas en las que un particular interrumpe el curso de otro particular<sup>45</sup>.

Al respecto, el profesor Silva plantea que “en los casos de interrupción de cursos salvadores ajenos, el sujeto interruptor infringe un deber negativo (o de abstención) que forma parte de la vinculación originaria entre los ciudadanos incluso en un modelo político estrictamente liberal”<sup>46</sup>. A partir de ello, sostiene que “la permisión (no prohibición) de una conducta sí genera en el sujeto un derecho (ejercitable frente al Estado) a realizarla; de dicho derecho se deriva un deber de tolerancia jurídico-público (deber de abstención)”<sup>47</sup>. Agrega el autor que “la conclusión de que la interrupción de cursos causales salvadores ajenos es, en general,

<sup>43</sup> HENKEL, Heinrich. “Introducción a la filosofía del Derecho”. Traducción de Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus. 1968. p. 518.

<sup>44</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación”. En: Estudios em homenagem ao Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dia. Volumen 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 983.

<sup>45</sup> Un ejemplo de interrupción de curso causal salvador ajeno dentro de la propia esfera de organización sería el siguiente: Una mujer es perseguida por la calle por su marido quien manifiesta la intención de golpearla. Un vecino se encuentra en la puerta de su casa observando lo que sucede. Cuando la mujer intenta ingresar al domicilio del vecino a fin de resguardarse del ataque del marido, el vecino se lo impide y cierra la puerta de su inmueble.

<sup>46</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María. Op. cit. Loc. cit.

<sup>47</sup> Ibid. p. 998.

típica, resulta de difícil fundamentación. En nuestra opinión, quienes afirman que debe reconducirse –salvo deberes positivos especiales– al ámbito general del deber de socorro, han perdido de vista, por un lado, que hay cursos salvadores que están destinados a proteger bienes respecto de los cuales no cabe afirmar la existencia de un deber de socorro (solidaridad interpersonal general). Bienes que, sin embargo, tienen entidad y que, además, pueden efectivamente ser protegidos en estado de necesidad justificante. La interrupción de estos cursos sería, de seguir el criterio doctrinal criticado, atípica. Pero es que, además, resulta bastante claro que quien impide que otro socorra hace algo más que el que se limita a no socorrer. Éste no mejora la situación del bien jurídico; aquél neutraliza una posibilidad existente de mejora, ya incorporada al statu quo del bien jurídico: esto es, empeora la situación del bien jurídico<sup>48</sup>. A partir de ello, concluye que, “si el curso salvador ajeno está justificado, su interrupción no podrá, a su vez, justificarse<sup>49</sup> y podrá entonces imputarse el delito de resultado, por ejemplo muerte a título de homicidio.

Aquí nos distanciamos de la posición del profesor Silva pues consideramos que no existe deber que alcance al particular que interrumpe el curso salvador que otro particular pretenda realizar. Ello, porque –a nuestro criterio– el particular que interrumpe el curso salvador no infringió un deber, que se tradujese en una posición de garante y que justificara atribuirle el resultado producido. En todo caso, podrá atribuírsele únicamente un delito de omisión propia, que es el caso del artículo 127 del Código Penal peruano. Con todo, lo que se ha pretendido hacer al exponer los postulados del profesor Silva en un caso de clara relevancia para la temática penal actual, es poner en evidencia la necesidad de valoración, en este caso los alcances jurídicos del principio de solidaridad mínima –más allá de lo económico– en el tratamiento de los conflictos jurídico penales.

## VI. EVALUACIÓN DE LA RACIONALIDAD DEL DELINCUENTE

Observadas las limitaciones de la metodología del Análisis Económico con relación a la valoración de las normas jurídico-penales, tanto desde la óptica de su legitimidad como herramienta principal de análisis como desde la necesidad de valoración del contenido de la norma jurídico-penal (problemática apuntada en los apartados anteriores), corresponde ahora analizar si es que el destinatario de dicha norma es realmente un delincuente racional que toma decisiones basadas en el análisis costo-beneficio.

La teoría del delito como elección racional interpreta la acción delictiva “no como una reacción frente a la frustración, como un producto de las influencias sociales o del aprendizaje de hábitos delictivos, sino principalmente como el resultado de una elección racional. (...) Consideran que la clave explicativa de la conducta delictiva reside en que ciertos sujetos poseen una mentalidad criminal que radica en que consideran que pueden beneficiarse de situaciones ilegales, aunque asuman un cierto riesgo de ser detenidos<sup>50</sup>. En suma, “explica la conducta delictiva a partir del concepto económico de utilidad esperada<sup>51</sup>.

En ese sentido, Clark y Cornish proponen un modelo de inicio de la conducta delictiva, según el cual existen ocho constructos que pueden influir sobre la elección de la conducta delictiva: “(i) los datos antecedentes, tanto psicológicos y de crianza de los sujetos como sociales; (ii) las experiencias previas y el aprendizaje del sujeto; (iii) sus necesidades generales (dinero, sexo, estatus, etcétera.); (iv) la valoración de opciones; (v) las soluciones consideradas, tanto legales como ilegales; (vi) la reacción del individuo ante la oportunidad de la conducta delictiva; (vii) su disponibilidad para cometer el delito; y, finalmente, (viii) la decisión de llevarlo a cabo<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Ibid. p. 1001.

<sup>49</sup> Ibid. p. 1003.

<sup>50</sup> GARRIDO, Vicente, STANGELAND, Per y Santiago REDONDO. “Principios de Criminología”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2001. p. 183.

<sup>51</sup> Ibid. p. 185.

<sup>52</sup> Ibid. p. 184.

A la teoría del “delito como elección racional” se le han realizado una serie de críticas “especialmente dirigidas contra la absoluta racionalidad que plantea como explicación de la conducta delictiva. Se ha cuestionado que la mayoría de los delincuentes calculen, con antelación a la comisión de un delito, cuáles son los beneficios que obtendrán y los riesgos que asumirán por ello. Prueba de ello es que muchos delincuentes pasan largas temporadas en la cárcel, lo que quiere decir que “sus cálculos” yerran con frecuencia”<sup>53</sup>. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la propia configuración de determinados delitos (pasionales, de fuerte carga ideológica) impiden considerar la presencia de racionalidad en la decisión de ejecución.

Ahora bien, de lo expuesto queda claro que el presupuesto para la aplicación del Análisis Económico al Derecho Penal es que la norma jurídico-penal tenga como objeto la disuasión del potencial delincuente, cumpliendo la pena una función de prevención general negativa. Resulta, entonces, necesario someter a prueba lo siguiente: ¿realmente el Derecho Penal, a través de sus normas y de la aplicación de la pena, disuade al potencial delincuente?

Al respecto, los profesores Cancio Meliá y Ortiz de Urbina sostienen que “un cada vez mayor cuerpo de investigaciones ha venido demostrando en los últimos años que el motivo principal por el que los ciudadanos obedecen al Derecho no es el miedo a la eventual sanción por su incumplimiento (aunque éste también sea un factor relevante), sino su percepción sobre la legitimidad del sistema jurídico, que parece depender sobre todo de su grado de justicia procedimental”<sup>54</sup>. De modo contrario a como se entiende comúnmente y preconizan ciertos enfoques, entre los que actualmente destaca el Análisis Económico del Derecho Penal, las personas no reaccionamos de modo idéntico y ni siquiera similar a las variaciones en la probabilidad de ser sancionado y a los cambios en la magnitud de la pena imponible en caso de sanción.

Por el contrario, reaccionamos de modo mucho más pronunciado a los cambios en la probabilidad<sup>55</sup>.

Debemos prestar entonces atención a la investigación elaborada por el profesor Robinson, quien señala que “para que el Derecho Penal tenga efectos sobre las elecciones conductuales del sujeto debe responderse afirmativamente a cada una de estas tres preguntas: (i) ¿Conoce y entiende el delincuente potencial, directa o indirectamente, las implicaciones que para él tiene la norma que pretende influirle? (ii) Si las conoce, ¿hará uso de tal conocimiento en el momento de tomar sus decisiones? (iii) Si conoce la norma y es capaz y está dispuesto a ser influido en sus elecciones, ¿es su percepción de sus decisiones de un tipo tal que es probable que escoja cumplir la ley antes que cometer el delito? Esto es: ¿superan los costes percibidos del incumplimiento los beneficios percibidos de la conducta delictiva como para causar la decisión de omitir la conducta delictiva?”<sup>56</sup>.

Luego de un minucioso análisis para el cual acude a diversos estudios de criminología, el profesor Robinson llega a la conclusión de que “existen diversas razones por las que diferentes grupos de potenciales delincuentes pueden no ser disuadidos por la posibilidad de resultar sancionados. Algunos pueden estar demasiado intoxicados, mentalmente enfermos, enfadados o asustados como para tener en cuenta las consecuencias de sus acciones. Otro grupo puede desconocer una norma concreta adoptada con fines disuasorios para influir su conducta, etcétera”<sup>57</sup>. Sustenta su posición en tres ideas.

En primer lugar, comprueba que “la gente pocas veces conoce las normas del Derecho vigente (...). Aparentemente la gente asume que el Derecho es como ellos piensan que debe ser, de modo que asumen la existencia de normas de Derecho Penal que

<sup>53</sup> *Ibíd.* p. 187.

<sup>54</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel e Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO. “Introducción”. En: ROBINSON, Paul. *Op. cit.* p. 17.

<sup>55</sup> *Ibíd.* p. 20.

<sup>56</sup> ROBINSON, Paul. *Op. cit.* p. 54.

<sup>57</sup> *Ibíd.* p. 78.

se corresponden con sus propias intuiciones de justicia<sup>58</sup>. A lo que agrega que si bien “los delincuentes tienen más incentivos que otras personas para conocer los detalles del Derecho vigente y su implementación, pero de hecho su conocimiento es también relativamente pobre”<sup>59</sup>. En segundo lugar, sostiene que “es probable que los sujetos que cometen delitos presenten ciertos patrones individuales de pensamiento caracterizados por la impulsividad y el comportamiento que busca el riesgo y que estén bajo los efectos del alcohol o de las drogas en el momento en el que deciden cometer delitos. Es probable que sus patologías individuales se amplíen y magnifiquen debido a que la decisión de cometer un delito a menudo no es una decisión individual, sino colectiva, y las dinámicas de grupo llevan a sus integrantes hacia la toma de decisiones más arriesgadas y los “desindividualiza”, facilitando la realización de conductas destructivas. Esto es difícil de compaginar con la imagen de una persona guiada por complejos cálculos disuasorios de carácter racional”<sup>60</sup>. Una razón más para no optar por el análisis económico del Derecho como la única, directa y preponderante herramienta de evaluación del funcionamiento de las normas jurídico penales. Debe tenerse en cuenta que estas se dirigen a la ciudadanía y, en específico, a los potenciales delincuentes, quienes –como se ve– no siempre toman una decisión absolutamente racional.

Finalmente, haciendo alusión a los postulados de Jeremy Bentham, quien propuso que para calcular el peso de la pena debían considerarse la probabilidad de ser sancionado, la cantidad total de pena con la que se amenaza y la dilación con la que la pena seguirá o podría seguir a la comisión del delito<sup>61</sup>, Robinson efectúa una serie de explicaciones.

Respecto de la probabilidad del castigo, sobre la base de los estudios de Lande concluye

que “a medida que las tasas se mueven hacia una menor probabilidad de castigo, resultan menos efectivas a la hora de suprimir la respuesta”<sup>62</sup>. Ahora bien, agrega que “hay datos que muestran que muchos delincuentes tienden a sobreestimar su propia habilidad a la hora de evitar el tipo de errores que han llevado a otros a ser capturados (...). El efecto neto es que la mayoría de los delincuentes no piensan que vayan a ser capturados y sancionados (...). Lo que quizás explique por qué el incremento de las penas tienen efectos limitados sobre la disuasión”<sup>63</sup>. Respecto de la magnitud del castigo, señala que “según se incrementa el castigo, la presión resulta cada vez menos eficiente. Cada unidad adicional de castigo tendrá un coste prácticamente constante, pero la dureza de cada unidad será cada vez menor”<sup>64</sup>. Por último, respecto de la dilación del castigo, “los efectos disuasorios del castigo decrecen rápidamente conforme aumenta la dilación entre la transgresión y el castigo”<sup>65</sup>, lo cual se hace aun más notorio en ordenamientos jurídicos en los que el proceso penal, y la eventual sanción penal, tardan muchos años.

Ahora bien, acoger las detalladas explicaciones del profesor Robinson no implica negar que la norma jurídico penal no conlleve ningún efecto de disuasión. Por el contrario, implica tener conciencia de que la disuasión es un efecto más, que podrá estar presente, pero que dependerá del análisis criminológico previo que indique los niveles de racionalidad del delincuente en la toma de la decisión de ejecución del delito. Así, el propio Robinson señala que “no se niega que la existencia de un sistema de justicia penal que administre sanciones pueda tener un efecto disuasorio. Puede que sea incluso posible que los cambios en el desarrollo de la labor policial o en la asignación de los recursos policiales puedan tener efectos sobre las tasas delictivas. Pero hay razones para ser escépticos respecto de la idea de que la formulación de las

<sup>58</sup> Ibid. p. 55.

<sup>59</sup> Ibid. p. 56.

<sup>60</sup> Ibid. p. 61.

<sup>61</sup> Ibid. pp. 61-62.

<sup>62</sup> Ibid. p. 63.

<sup>63</sup> Ibid. p. 65.

<sup>64</sup> Ibid. p. 70.

<sup>65</sup> Ibid. p. 75.

normas penales o las decisiones sobre la individualización de las penas puedan tener los efectos disuasorios que la opinión mayoritaria asume que tienen<sup>66</sup>. A ello agrega que “los estudios de efectos agregados no demuestran que la disuasión tenga una capacidad preventiva que justifique la orientación hacia ella que domina la elaboración de las reglas penales. En la mayoría de los estudios que muestran un “efecto disuasorio” éste se consigue mediante cambios en las prácticas policiales y la correspondiente publicidad que incrementa la percepción de la certeza de la detención, y no por la formulación de las normas penales<sup>67</sup>.”

#### VII. PROPUESTA: ADSCRIPCIÓN A LA APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN ACTOS DE PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA

Teniendo en cuenta los elementos expuestos, la propuesta del presente artículo es que el Análisis Económico no puede tener como objeto el sistema global de Derecho Penal y, menos aún, la norma jurídico-penal o la función que cumple efectivamente la pena, sino que debe ser utilizado como una de las herramientas de evaluación de las acciones no penales de prevención del delito. Podría plantearse entonces un plan piloto de aplicación de la metodología del Análisis Económico a las acciones de prevención no penales que se enmarcan en la lucha contra la delincuencia económica. Consideramos que esta propuesta sería viable, toda vez que el Análisis Económico sirve para desincentivar al delincuente racional, que es el caso del

delincuente económico.

El delincuente económico suele tomar una decisión racional en virtud a dos factores sustanciales. En primer lugar, se trata de un delincuente informado, con la posibilidad de efectuar una elección racional (se trata generalmente de una “persona de negocios” que dispone de asesoría técnica y legal inmediata). En segundo lugar, se trata de delitos dependientes del sistema económico<sup>68</sup> en los que se actúa utilizando una organización. Se plantea al respecto que los delitos de criminalidad organizada “encuentran un incuestionable campo de aplicación en el ámbito del Derecho Penal económico y empresarial<sup>69</sup>.”

El resultado empírico recogido por el profesor Robinson no tiene por qué condenar a los modelos económicos del delito, que pueden acomodarlo fácilmente. Así, sostiene que “eso es precisamente lo que ha hecho el más prestigioso analista económico del Derecho Penal, John Donohue, quien insta a los analistas económicos del Derecho a moverse desde una perspectiva “beckeriana” (la dureza de la sanción y su probabilidad de imposición son magnitudes intercambiables) a una “beccariana” (la probabilidad importa más, de hecho mucho más)”<sup>70</sup>. Robinson recuerda que “los eventuales delincuentes pueden provenir de grupos sociales en los cuales la amenaza del estigma por ser condenado como delincuente puede no ser tan alta como para otras personas<sup>71</sup>, siendo un corolario de aquello que “para la gente preocupada por la aprobación de personas con valores tradicionales, incluso una baja

<sup>66</sup> *Ibíd.* p. 79.

<sup>67</sup> *Ibíd.* p. 87.

<sup>68</sup> Al respecto, el profesor Klaus Tiedemann sostiene que “la mayoría de estos delitos y contravenciones son dependientes del sistema, esto es, están condicionados por la configuración del sistema económico: sólo una economía de mercado (economía de libre competencia) conoce de delitos contra la libre competencia, y sólo un sistema económico capitalista, con la instalación de una Bolsa de valores, conoce de delitos bursátiles (...). Desde un punto de vista criminológico y de política económica se discute si las excepciones a las regulaciones de una economía de mercado, como, por ejemplo, la introducción de fijaciones estatales de precios (...) tienen efectos criminógenos, incentivando de modo especial la comisión de delitos económicos. (...) Pero también hay instrumentos económicos neutrales, independientes de la configuración del sistema económico, que pueden ser utilizados para la comisión de delitos (...)”. En: TIEDEMANN, Klaus. “Manual de Derecho Penal económico. Parte General y Especial”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010. p. 38.

<sup>69</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Derecho Penal económico y de la empresa”. Tercera edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011. pp. 551 y siguientes.

<sup>70</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel e Íñigo, ORTIZ DE URBINA GIMENO. “Introducción”. En: ROBINSON, Paul. Op. cit. pp. 20-21.

<sup>71</sup> ROBINSON, Paul H. Op. cit. p. 74.

probabilidad de condena producirá efectos disuasorios, dado que su coste se percibe como muy alto”<sup>72</sup>.

Para aplicar el modelo piloto, deberá tenerse en cuenta que, a diferencia del delincuente común, el delincuente económico utiliza variables racionales en la toma de decisión de delinquir. Asimismo, debe tenerse en consideración el contexto en el cual surge el delito económico. Edwin H. Sutherland sostuvo ya hace muchos años lo siguiente: “Las personas de la clase socioeconómica alta son más poderosas política y financieramente y escapan al arresto y a la condena mucho más que quienes carecen de ese poder. Así, las personas ricas pueden recurrir a abogados hábiles e influir en la administración de justicia para su propio beneficio, con mayor eficacia que las personas de la clase socioeconómica baja. Aun los delincuentes profesionales, que tienen poder financiero y político, sortean el arresto y la condena con más facilidad que los delincuentes aficionados y ocasionales, que carecen de tal poder. Aunque esta parcialidad es indudable, no es de gran relevancia desde el punto de vista teórico”<sup>73</sup>.

A ello agregaba que “mucho más importante es la parcialidad involucrada en la administración de justicia penal, a través de leyes que se aplican exclusivamente a los negocios y a las profesiones y que, por tanto, comprenden sólo a la clase socioeconómica alta. Las personas que violan leyes de lealtad comercial, publicidad, alimentos, drogas y otras actividades comerciales similares no son arrestadas por policías uniformados, ni juzgadas en tribunales penales, ni alojadas en cárceles; su conducta ilícita recibe la atención de comisiones administrativas o de tribunales que funcionan bajo jurisdicciones civiles o de equidad. Por este motivo, tales violaciones a la ley no se incluyen en las estadísticas criminales ni son casos individuales que llamen la atención de los especialistas que elaboran las teorías sobre la conducta delictiva”<sup>74</sup>.

Debe agregarse a ello que la decisión racional del delincuente económico viene rodeada de una serie de recursos adicionales. Así, se trata

de un sujeto que cuenta, previo a la decisión criminal, con información especializada, pudiendo asesorarse y contratar a diversos especialistas legales y técnicos que enmarquen los límites de legalidad de su accionar y las probables consecuencias de la decisión que está tomando.

En conclusión, en virtud de las variables expuestas, el modelo a proponer –y que merece un mayor desarrollo que no es posible efectuar en estas líneas– comprendería los siguientes lineamientos:

- a) El Análisis Económico del Derecho, en ningún caso, puede estar avocado a medir la capacidad de disuasión de las normas jurídico penales.
- b) El Análisis Económico del Derecho deberá limitarse a medir la eficacia de las medidas preventivas de orden no penal, como es el control policial o el funcionamiento de los medios de comunicación en la transmisión de información acerca de las medidas penales de prevención del delito (por ejemplo, las campañas de prevención de conducción en estado de ebriedad o de cuidado del medio ambiente). Como límite adicional, este análisis económico sólo podrá ser aplicado en los casos de conductas que tengan como presupuesto un mínimo de racionalidad en la toma de decisión, como es el caso de la delincuencia económica. Para ello deberá acudirse al análisis experimental y a su revisión permanente.
- c) En el campo del Derecho Penal económico, podría plantearse un modelo más restrictivo, en el que se tengan en cuenta los lineamientos planteados por Jeremy Bentham como base de la decisión de delinquir del hombre racional. Al tratarse de un potencial delincuente que efectivamente tomará su decisión criminal efectuando un análisis de los costos y beneficios de la misma,

<sup>72</sup> Ibidem.

<sup>73</sup> SUTHERLAND, Edwin H. “El delito de cuello blanco”. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F. 2009. pp. 8-9.

<sup>74</sup> Ibidem.

sería necesario diseñar un sistema de reacción con altas probabilidades de una rápida y efectiva sanción, en conjunto con amenazas de pena significativas, que puedan implicar la amenaza de pena privativa de la libertad efectiva (y no suspendida). Para ello podría plantearse la supresión de beneficios penitenciarios y del cumplimiento condicionado de la pena. Ahora bien, resulta claro que mucho influirá en el éxito de la propuesta que la Policía y el Ministerio Público estén a la altura de la investigación. De lo contrario, cualquier modificación podría traer efectos perniciosos para el sistema.

Finalmente, creemos conveniente apostar por lo que se tiene. Las condiciones descritas al inicio de este artículo dan cuenta de que no estamos para dejar de lado el Análisis Económico del Derecho si este puede tener algún aporte significativo de rendimiento, en la lucha contra la criminalidad económica que también es la lucha contra la criminalidad organizada. Vista desde una perspectiva positiva, la propuesta versa sobre la lucha por alcanzar la institucionalización de nuestro país, es decir, por contar con un Estado social y democrático de derecho<sup>75</sup> que le permita a todo ciudadano tener la posibilidad real y concreta de alcanzar su realización personal como proyecto de vida.

<sup>75</sup> Al respecto, el profesor Martínez-Buján sostiene que “el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado. La seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones”. En: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. cit. p. 551.