

DERECHO PENAL Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. ¿VALE LA PENA LO QUE CUESTA?^{1*}

Juan Antonio GARCÍA AMADO*

I. LA DOGMÁTICA PENAL Y SU INTERNA PARADOJA

La dogmática penal dominante, al menos la europea, bajo fuerte influencia alemana, compartiría los siguientes presupuestos:

(i) El derecho penal no debe castigar cualquier conducta, sino solamente aquellas que atenten contra o pongan en peligro determinados bienes especialmente importantes para la vida del individuo y la convivencia social. A esos bienes tan relevantes se les denomina bienes jurídicos o bienes jurídico-penales.

(ii) El que una conducta atente contra o ponga en peligro un bien jurídico-penal hace esa conducta especialmente reprochable, y por razón de esa reprochabilidad está justificado la pena. Elemento esencial y condicionante de tal reprochabilidad es la crítica moral. Esto quiere decir que una conducta que sea perjudicial desde algún punto de vista no moral (por ejemplo, desde un punto de vista solo económico o político), no debe considerarse delictiva y, por tanto, apta para el castigo penal, si no contiene ese elemento de reprochabilidad moral. En otras palabras, será raro o muy infrecuente que nos encontremos con conductas punibles de las que, más allá de ciertos debates ideológicos o político-morales, se piense mayoritariamente que son moralmente inobjectables.

(iii) El encadenamiento de las ideas anteriores podría, en buena lógica, llevarnos a pensar que el derecho penal es refuerzo último de la moral, o al menos de las partes más importantes de la moral socialmente imperante. De ser así las cosas, el castigo penal requeriría una condición formal relacionada con el principio de legalidad, pero tendría un fundamento sustan-

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, financiado por el Ministerio español de Ciencia, Innovación y Universidades.

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de León.

tivo claro: al delincuente, mediante la pena, se le hace pagar por o retribuir una conducta suya gravemente reprochable. En otras palabras, al infractor penal se le castiga por malo, aun cuando para que ese castigo penal pueda ocurrir se requieren ciertas condiciones jurídico-formales ligadas a elementales garantías de todos los ciudadanos ante el riesgo de abuso por el Estado. No es fácil imaginar que socialmente esté aceptada la imposición de penas por conductas que la respectiva sociedad considera loables o, por lo menos, no merecedoras de reparo moral ninguno².

(iv) Tendríamos, pues, que, a la hora de hallar el fundamento último del castigo penal, esa dogmática apunta a alguna forma mínima de retribucionismo, sin perjuicio de que el fundamento retributivo pudiera combinarse con la asignación de propósitos adicionales a la pena, como el disuasorio o preventivo³. Pero no sucede así. A diferencia de lo que vemos en la teoría penal anglosajona, y en especial en la norteamericana, en la que el retribucionismo suele aparecer como una fundamentación de la pena de tintes marcadamente progresistas, en la dogmática penal española y europea se huye como de la peste de cualquier insinuación de fundamento retributivo de la pena, seguramente por la equiparación que, desde antiguo, la dogmática alemana más influyente viene haciendo entre retribución y venganza, equiparación que en modo alguno es racionalmente sostenible a día de hoy y que está completamente superada en otros ámbitos doctrinales.

(v) Se aleja, pues, la dogmática penal europea de todo sustento retributivo de la pena y se acoge a fundamentaciones preventivas, en cualquiera de las combinaciones posibles: prevención especial y prevención general, y prevención negativa o positiva. Lo que importa, pues, de la pena, para que

² Más allá, por supuesto, de puntuales disputas en momentos concretos de transición social o de cambio en la valoración social de algunos comportamientos. En esos momentos surge un debate sobre la reprochabilidad o no de algunas acciones y puede originarse ahí un cambio legal que lleve a la no punición de lo antes penado o al castigo penal del comportamiento antes no punible. Lo que es difícilmente concebible es que de modo pacífico una sociedad estime que una conducta es moralmente irreprochable y que, al mismo tiempo, acepte que tal conducta esté penada.

³ Una teoría retributiva suave o matizada, como la que en otro lugar he sostenido, vendría a establecer que la retribución es condición necesaria, aunque no condición suficiente de la pena.

esté con carácter general justificada, son sus *efectos*, o algunos efectos posibles de la misma. La conducta reprochable por lesionar o poner en peligro un bien jurídico-penal es el factor desencadenante, pero al autor de esa conducta no se le castiga meramente por haber hecho lo que hizo y porque al haber hecho eso merece tal castigo, sino para conseguir determinado efecto hacia el futuro: que él tema volver a hacer eso (prevención especial negativa), que él se convenza de que no está bien hacer eso (prevención especial positiva), que el conjunto social escarmiente en cabeza ajena y se abstenga, por temor a una sanción así, de proceder de esa manera (prevención general negativa) o que el conjunto social aprenda la lección a costa del delincuente y vea cuán fundada está la protección de ese bien y qué mal está dañarlo (prevención general positiva).

(vi) Esa tensión entre fundamento moral de la pena por referencia a la lesión de bienes jurídico-penales, por un lado, y efectos preventivos como justificación de la aplicación de los castigos penales, por otro, tiene dos consecuencias problemáticas para la dogmática penal. Por una parte, la aversión a todo componente retributivo o de merecimiento individual del castigo hace muy difícil construir una sólida base teórica para ideas tan capitales como la de proporcionalidad entre delito y pena, el llamado principio de proporcionalidad penal. Además, si lo que nada más que fundamenta la pena es cierto efecto disuasorio y preventivo, puede en muchas ocasiones haber ahí buen motivo para desbordar la proporcionalidad y aplicar castigos desmesuradamente altos; o para dejar impunes o escasamente castigadas conductas muy reprochables y moralmente merecedoras de castigo, cuando se constate que la pena no rinde las consecuencias disuasorias y preventivas que la justifican.

Si lo que da razón de ser a la pena no es, ni en todo ni en parte, retribuir el merecimiento negativo del autor del atentado contra el bien jurídico-penal, sino lograr efectos sociales consistentes o bien en que tal autor no vuelva a cometer ese tipo de acciones, o bien en que la pena a ese autor coadyuve en alguna medida a una disuasión de alcance general, dicha justificación preventiva del castigo penal necesita ir acompañada de sólidos conocimientos y buena teoría sobre causas y efectos, y tanto en el plano de

la psicología individual (si el eje se pone en la prevención especial) como en el plano de la psicología social y la sociología (si la mira se coloca en la prevención general). Es decir, o la dogmática penal de orientación preventiva trabaja codo con codo con ciertas ciencias sociales que surten de datos empíricos y enseñan a analizarlos, o bien esa dogmática penal rueda en el vacío, ya que será incapaz de evaluar en qué medida las penas satisfacen o no el objetivo práctico-social que las justifica. Si la razón de ser de la pena es causar determinado efecto sobre las conductas futuras, hará falta saber de causas y efectos en materia de conductas, y ese saber, más allá de lo que marca la experiencia ordinaria de cualquiera o el sentido común, solo lo dan algunas ciencias, ciencias que versan sobre la acción individual y sus factores determinantes y sobre los efectos sociales o colectivos de determinados eventos.

Lo que en la secuencia de los seis puntos anteriores he tratado de expresar es lo que ahora me atrevo a denominar la *paradoja básica de la dogmática penal* (europea y, especialmente, alemana), paradoja que se puede desglosar en dos partes:

Una. En la dimensión moral de su justificación de la pena a partir de la idea de bien jurídico-penal, la dogmática pierde congruencia teórica, congruencia interna, al rechazar de mano todo fundamento retributivo del castigo penal, toda idea de la pena justificada como pena merecida por el delincuente a causa de la reprochabilidad personal de su conducta.

Dos. Al fundamentar la pena en sus efectos preventivos, pierde congruencia práctica, congruencia externa (si así se puede decir), congruencia entre fines y medios, ya que se desentiende grandemente del análisis de los efectos individuales y sociales de las sanciones. Ese desajuste entre proclamación de fines como fundamento del castigo penal y análisis de efectos para ver si las penas alcanzan o no los objetivos que las justifican, me parece que se debe ante todo al modo como la dogmática se cierra sobre sí misma, sobre sus conceptos internos y el puzzle que componen, y a la desatención hacia los resultados de las ciencias empíricas que podrían proporcionarle los datos decisivos para la evaluación real de las políticas penales. Una vez que el dogmático penalista convencional o al uso ha proclamado

que la razón de ser de la pena no está en la venganza ni en forma alguna de retribución, sino en alguna manera de prevención o en una combinación de varias, deja de prestar atención a qué penas y en qué delitos surten o no un efecto preventivo mayor o menor, o a las razones empíricas de por qué unas veces las penas disuaden y otras no, y se repliega a las disquisiciones que en verdad le divierten y le dan prestigio entre sus colegas, como la de si el dolo está en el tipo o en otro lado o la de si algún elemento volitivo o de conocimiento forma parte o no de la antijuridicidad.

No pretendo insinuar, en modo alguno, que sean estériles esas elucubraciones conceptuales y sistemáticas en las que la dogmática se vuelca, creo que son útiles y necesarias, dentro de un orden. Solo afirmo que la dogmática pierde pie cuando da la espalda a aquellos datos o saberes a los que ella misma parece que remite al fundamentar la pena por referencia a sus efectos sociales.

II. DOGMÁTICA PENAL Y CRIMINOLOGÍA: ¿UN MATRIMONIO POR INTERÉS?

Dos son los enfoques de ciencia social que se ofrecen en auxilio del penalista dogmático y para sacarlo de su ensimismamiento o librarlo de su alienación, la criminología y, muy recientemente, el análisis económico del derecho.

El par habitual y clásico es el formado por dogmática penal y criminología. Penalistas teóricos y criminólogos se han mantenido a base de despreciarse mutuamente, como esas parejas que se aborrecen tanto como se necesitan para solventar las cuestiones domésticas del día a día. Al dogmático penal enfibrecido de conceptos y obsesionado con el rompecabezas del sistema conceptual el trabajo del criminólogo le parece pedestre, prosaico e intelectualmente nada retador, motivo que determinan la escasa atención que le prestan y lo poco que de criminología leen muchos penalistas. Naturalmente, al criminólogo las elaboraciones dogmáticas del penalista le suenan a música celestial, metafísica evasiva, divertimento inocuo en el mejor de los casos, pero estéril siempre. Mientras que al dogmático lo que en verdad le motiva es ver en qué lugar del mapa de los conceptos se colo-

ca un cierto elemento emotivo o cognitivo, tomado siempre en abstracto, al criminólogo nada más que lo conmueve la pasión real de los sujetos concretos, de carne y hueso. Al dogmático le emocionan las hipótesis de escuela, los casos inventados que a ninguno se le habían ocurrido antes, o los sacados de la jurisprudencia que, de tan excepcionales, no se repetirán jamás, pues son esos los casos que ponen a prueba la resistencia de los conceptos y la dureza del material sistemático. Al criminólogo le incita la vida real de este o aquel delincuente o los móviles que influyen en las conductas de los de tal o cual grupo, con preferencia casi siempre por los delincuentes que puedan ser presentados como víctimas, víctimas de sistemas sociales injustos que los dogmáticos estarían siempre aceptando sin despeinarse, acriticamente.

Pero dogmáticos penales y criminólogos han podido siempre convivir porque, allá en cierto fondo, se complementan. No se trata meramente, aunque también, de que juntos cubran el territorio entero y ejerzan una especie de duopolio académico que no deja sitio a otros, como psicólogos, sociólogos, economistas, politólogos, antropólogos, etc., y hasta expertos en ética. Es algo más profundo y más sutil. Mientras que el penalista dogmático arranca de la reprochabilidad del atentado contra o la puesta en peligro de determinados bienes cruciales para el individuo o el grupo social, pero después hace abstracción de la idea de merecimiento personal de la pena para que no lo llamen retribucionista, y mientras ese mismo dogmático fundamenta la pena con argumentos prevencionistas, pero no mira más si los efectos preventivos se cumplen o no, el criminólogo, y sobre todo si es criminólogo crítico, le viene a decir que no importa, pues a la hora de la verdad el delincuente es alguien que está gobernado por algún tipo de determinismo, especialmente por algún determinismo de raíz social. Así que el delincuente que el dogmático mira en abstracto es alguien que es castigado por atentar culpablemente contra determinados bienes importantísimos, y la pena se le aplica para que cambie él (y sus conciudadanos también, si acaso) de modo de comportarse; pero el delincuente que, a partir de datos empíricos hábilmente seleccionados, el criminólogo también elabora e igualmente en abstracto presenta, es un sujeto perfectamente

determinado en su actuar, alguien que en verdad no delibera y decide, sino que actúa como puro reflejo de causas que no controla. De esa manera se cierra el círculo a la perfección: el dogmático presupone un sujeto penal al que da por libre y moralmente capaz, pero del que no se ocupa para ver si materialmente existe o no, y el criminólogo (especialmente el criminólogo “crítico”) le cuenta que ese hombre libre propiamente no lo hay, que es tan víctima de sus circunstancias el autor del delito como la víctima del delito y que, por tanto, poco adelantaría la dogmática para sus fines poniéndose a examinar cómo la pena motiva al delincuente o a la sociedad. En su recíproco ignorarse, el criminólogo y el dogmático penal firman un peculiar armisticio y permite cada uno que el otro cultive su disciplina sin interferencias y construya su “*homo poenalis*” a su manera.

III. LA NOVEDAD DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PENAL.

COMPARACIÓN CON EL DERECHO DE DAÑOS

Luego apareció la escuela o doctrina del análisis económico del derecho y, en su aplicación al derecho penal, disgustó por igual a dogmáticos y a criminólogos, pues vino a proponer un modelo alternativo al *homo poenalis* con el que ambos trabajaban tranquilamente.

La historia de la escuela de *Law and Economics* (en adelante L&E), entre nosotros llamada del análisis económico del derecho, es bien conocida y ha sido repasada en múltiples publicaciones. No me voy a extender aquí sobre ese aspecto, sino que me limitaré a comentar algunos detalles de interés.

Lo primero que conviene es atajar un equívoco y desterrar un prejuicio. El equívoco consiste en creer que lo que el movimiento de L&E propone es que la regulación jurídica se examine desde el punto de vista de los costes económicos nada más. Esto es, no se trata de ver, simplemente o sin más, qué regulaciones son económicamente más rentables, sea para el Estado, para las empresas o personas jurídicas en general o para los particulares. El término clave no es rentabilidad, sino *eficiencia*, del modo que enseguida revisaremos. La rentabilidad económica puede considerarse una de las manifestaciones de la eficiencia, concretamente de eficiencia económica,

pero esa rentabilidad o eficiencia económica no agota, ni mucho menos, el concepto de eficiencia que constituye el núcleo del L&E. La eficiencia económica es una de las variables dignas de consideración a la hora de diseñar políticas públicas, y también políticas criminales, pero, insisto, no es la única variable en clave de eficiencia. Por ejemplo, una política criminal ideal puede plantearse como objetivo principal la reducción de la tasa de criminalidad, y será tanto más eficiente cuanto mayor sea la medida en que se alcance tal propósito; pero, adicionalmente, también puede considerarse de que, a igual eficiencia disuasoria o preventiva y salvaguardados otros criterios merecedores de respeto (como las garantías procesales, por ejemplo), resulta preferible la alternativa regulativa económicamente menos costosa, más eficiente también en ese sentido.

Si se me permite una comparación casi ofensivamente elemental, pensemos en una persona que quiera comprar una casa. Tratará de adquirir aquella que en mejor proporción combine determinadas características, tales como amplitud, comodidad, ubicación, calidad de los materiales, buen vecindario, etc., etc. Y entre los fines a considerar estará también el del coste; lo que se traduce en que, siendo, entre dos casas en venta, igual la magnitud resultante de la combinación de esos otros factores se estime preferible la más barata. ¿Acusaríamos a quien así razonara al comprar su casa de ser un peligroso neoliberal o de regirse por un pernicioso o inmoral economicismo?

Con esa retórica pregunta llegamos al prejuicio que seguramente es responsable de que muchos estudiosos de lo jurídico, y especialmente muchísimos penalistas europeos, hayan rechazado de plano el prestar atención a las aportaciones y puntos de vista del L&E. Ese prejuicio consiste en vincular análisis económico del derecho y neoliberalismo. Se piensa que los cultivadores del L&E son peligrosos y aviesos neoliberales que tratan de acabar con el modelo penal garantista propio del Estado democrático y social de Derecho y que, por ejemplo, argumentan nada más que para fines tan aborrecibles como el de que se privaticen las cárceles.

Es ese un prejuicio radicalmente desenfocado. Seguro que hay seguidores del L&E que comulgan con esa ideología neoliberal y que esconden esos objetivos desreguladores y privatizadores de lo público, pero de inmediato hay que añadir dos matices importantísimos: que ni están todos los que son ni son todos los que están. O sea, que no todos ni probablemente la mayoría de los que aplican al estudio del derecho los métodos del L&E participan de esa visión neoliberal, antiestatista y enemiga de lo público, y que también entre los otros, entre los dogmáticos y teóricos al uso o completamente ajenos a esa metodología del L&E, hay quienes sí se afilian a ese tipo de ideología ultraliberal, opuesta a lo público, antigarantista y partidaria de desmontar muchas de las estructuras estatales vinculadas a la política criminal.

Cualquiera que no esté algo versado en el tema se puede estar haciendo en este momento la siguiente pregunta: entonces, ¿por qué a esta escuela o este movimiento se le llama análisis *económico* del derecho? La respuesta a tal cuestión debe ayudarnos a aclarar este aspecto inicial y básico. Se denomina así debido al *método* aplicado al análisis de lo jurídico, que es un método proveniente de o tomado de la economía, del análisis económico⁴. La idea se relaciona con la teoría de la decisión racional que los economistas asumen como base o punto de partida. Así como el ciudadano que, en cuanto que sujeto económico, toma sus decisiones en el mercado trata de maximizar una utilidad que es ante todo una utilidad económica, en términos de costes económicos, el ciudadano que interactúa en sociedad y que, con ello, funciona como sujeto jurídico decide también tratando de maximizar ciertas utilidades, como ser más libre, vivir mejor, tener mayor bienestar, disfrutar de determinados placeres o, incluso, ser más feliz, utilidades que en algunos casos son reconducibles a dinero, a términos monetarios, pero que en otros casos difícilmente admiten esa traducción.

⁴ Al respecto, y también sobre la ineludible necesidad de diferenciar entre análisis del derecho económico y análisis económico del derecho, véase. Ortiz de Urbina, Íñigo “Análisis económico del derecho y política criminal”, *Revista de derecho penal y Criminología*, segunda época, 2004, n° 2 (número extraordinario), pp. 31-73, 35.

Lo que el L&E toma de la economía no son, por así decir, los “valores” económicos, sino ciertas *herramientas metodológicas*. Ante todo, la teoría de la decisión racional, unida a aportaciones como la de la teoría de juegos. Podemos decir que el L&E coge de la teoría económica el modelo del *homo economicus*, pero como decisor autointeresado que calcula y responde a incentivos, no como esa caricatura de lo que podríamos llamar el egoísta compulsivo o el implacable hombre de negocios.

Así pues, como ideas nucleares o primigenias del L&E podemos mencionar estas dos: los seres humanos deciden tratando de maximizar su utilidad o interés, en sentido muy amplio de esos términos (no puramente económico, aunque también económico) y, por tanto, al decidir sus acciones responden a estímulos positivos y negativos; y el derecho opera para los sujetos como un sistema de incentivos, y como tal influye en las conductas. Por tanto, sentado que las normas jurídicas no son fruto del azar ni caen del cielo, sino que responden a un *telos*, persiguen o bien disuadir de ciertas conductas o bien promover algunos comportamientos de los ciudadanos, tiene pleno sentido que, entre otros parámetros, se otorgue relevancia importante al análisis de las regulaciones jurídicas en términos de eficiencia, bajo la perspectiva de su idoneidad genérica para alcanzar los objetivos que las explican desde el punto de vista de sus concretas consecuencias bajo configuraciones diversas de las normas y en contextos diferentes.

Pongamos un ejemplo bien conocido y, por el momento, ajeno a lo penal. El L&E se ha extendido a prácticamente todos los campos o ramas de lo jurídico, pero uno de sus ámbitos primeros y más fructíferos y debatidos ha sido el de la responsabilidad civil por daño extracontractual, el campo de los *torts*. Así que empecemos por explicar cómo se ha enfocado ese tema desde el L&E.

La diferencia entre un daño indemnizable y una desgracia se halla en que el primero está causalmente vinculado a la acción de un sujeto, cosa que no ocurre en las meras desgracias que causan daños, como puedan ser un terremoto o un huracán. Sea como sea, cuando hay un daño para alguien, ese daño puede ser visto como un coste, y la cuestión primera que el derecho de daños se plantea es la de a quién se imputa ese coste. En el

derecho de los *torts*, las posibilidades que se manejan a la hora de decidir quién carga con (el coste de) el daño son cuatro: que lo asuma la propia víctima, que se le pase al que lo causó o mantiene una especial relación con la producción de tal daño⁵, que se le impute ese coste a un tercero que está en una relación peculiar y normativamente definida con el que lo causó o estaba obligado a evitarlo⁶ o que crea un riesgo especial con una actividad que, por otra parte, es lícita⁷. Según los casos y las situaciones, se aplica uno u otro de esos cuatro criterios de imputación del “coste de los accidentes”.

Algunas analogías o paralelismos con el derecho penal son interesantes. Piénsese que, en la filosofía subyacente al derecho de daños, primero se entendió que la responsabilidad por el daño debía atribuirse a aquel sujeto que lo había causado con un componente de inmoralidad o reprochabilidad en su conducta, que era conducta dolosa o negligente. La teoría de la justicia, en su faceta de teoría de la justicia correctiva, justificaba la imputación de la responsabilidad a ese sujeto culpablemente causante. Pero la progresiva introducción de nuevos supuestos de responsabilidad objetiva llevó a grandes dificultades a esa filosofía moralizante del derecho de daños; tanto, que algunos de los teóricos actuales de la justicia correctiva como eje del derecho de la responsabilidad por daño siguen rechazando por injusta toda forma de objetivación de la responsabilidad⁸.

Esos planteamientos del derecho de *torts* como basado en elementos de moralidad individual toparon en las últimas décadas con dos tipos de objeciones provenientes de teorías que atienden a una perspectiva más amplia, a una perspectiva social. Por un lado, han ido apareciendo autores que aducen que también la justicia distributiva debe jugar algún papel en las

⁵ Por ejemplo, porque no lo evitó, debiendo haberlo evitado en virtud de una “posición de garante” asignada por el mismo sistema jurídico, como ocurre en los casos de la responsabilidad por omisión.

⁶ Como es el caso de los padres o tutores respecto de los hijos o incapacitados, de los patronos respecto de los empleados, de los colegios respecto de los alumnos, etc.

⁷ Según la explicación más extendida, este vendría a ser el caso del que responde con responsabilidad objetiva, como sucede, por ejemplo, con la responsabilidad del fabricante por daños derivados de defectos de los productos, de la responsabilidad de las compañías aéreas o las empresas de energía nuclear, etc.

⁸ Tal es, muy destacadamente, el caso de Ernest J. Weinrib.

decisiones legislativas y jurisprudenciales atinentes a la imputación de responsabilidad por daño extracontractual⁹. No nos importa aquí esa parte de la teoría. Por otro lado, el L&E trae el punto de vista social de una manera diferente, no en clave de justicia, sino de eficiencia. Veamos cómo.

Para el L&E, los daños que el derecho de la responsabilidad extracontractual toma en consideración son eventos que no solo resultan dañinos para su concreta víctima en cada caso, sino que son socialmente dañinos, debido a que absorben costes o riqueza que, si tales daños no acontecieran, podrían dedicarse a otros menesteres que ampliaran el bienestar de la gente. Por ejemplo, se considera que es negativo que haya accidentes de circulación, debido a los costes individuales de los mismos y al coste global o social resultante de sumar esos costes individuales. Si la circulación de vehículos de motor provocara menos accidentes, con sus correspondientes daños, menos dinero habría que destinar a arreglos y compensaciones y la sociedad dispondría de esa porción de riqueza para otros fines más “constructivos” o placenteros, para mejorar su bienestar en lugar de para compensar pérdidas de bienestar debidas a esos daños.

Por consiguiente, el enfoque del L&E arranca de que los daños provocados por accidentes y acontecimientos similares, esos daños a los que el derecho de daños da tratamiento, son sucesos perjudiciales, no sólo perjudiciales para las concretas víctimas, lo cual resulta completamente trivial, sino perjudiciales para la sociedad en su conjunto. Y las políticas jurídicas en materia de derecho de daños han de tener como objetivo básico el de que tales daños disminuyan. Al ser menos los daños, serán menos también los costes globales de los mismos¹⁰.

La finalidad que da sentido a las decisiones legislativas en materia de derecho de daños no es, para el L&E (y a diferencia de los enfoques de justicia

⁹ Entre los autores actuales más destacados al respecto, véase Keren-Paz.

¹⁰ Téngase en cuenta de nuevo que dichos costes se mantienen constantes al margen de a quien impute el sistema jurídico la carga de los mismos, es decir, de a quién impute el derecho en cada caso el coste de ese daño. Así, si el coste de que una casa de destruya o una persona pierda un brazo es un coste de X euros o evaluable en X euros, ese coste es el mismo con independencia de que alguien tenga que indemnizar esos X euros por ese daño o de que sea la propia víctima la que cargue con esa pérdida de X euros.

correctiva), que se haga justicia al dañado (y al dañador por su mal hacer), sino el que se acorten lo más posible los accidentes, los sucesos dañosos relacionados con la conducta de un agente. Ahí está el giro revolucionario que aporta en esta materia el L&E, en que se rebasa la perspectiva individuo-individuo y se adopta un prisma social. Lo que importa, por así decir, no es que haya ocurrido este o aquel daño, sino el que haya (accidentes que causan) daños en medida mayor o menor. Y la política jurídica debida no será la que primariamente atienda a que se haga justicia a tal o cual ciudadano en razón de su inocencia o culpabilidad en relación con la producción del evento dañoso, sino la que busque y consiga que tales eventos dañosos sean los menos posibles.

Asumido que el fin de la regulación jurídica es un fin social o macro, no el propósito de responder justamente a una injusticia producida en la relación entre ciudadanos, el paso siguiente está en comprender que la regulación jurídica funciona como un sistema de incentivos y que tales incentivos, provenientes de las consecuencias que las normas prevén para determinadas conductas, influyen sobre las decisiones de los individuos. Es jugando con esos incentivos y su consiguiente influencia como el derecho puede alcanzar sus objetivos sociales, sean estos los de que haya menos accidentes que provoquen daños o los de que haya menos delitos, delitos que, al fin y al cabo, son tales por el daño que causan a ciertos bienes de interés social.

El lema podría ser que el miedo guarda viña. Piénsese en cuán distinto nos manejaremos con nuestros coches o motos según que haya o no riesgo de que se nos impute alguna responsabilidad, alguna consecuencia negativa, algún coste, por los accidentes que causemos. Si la impunidad es total y ni hay riesgo de sanción penal ni de responsabilidad civil por daño, es de temer que muchos conductores hagan de su capa un sayo y den rienda suelta a los comportamientos más enloquecidos e imprudentes al volante de sus coches o al mando de sus motos. Y si muchos se manejan con precaución no será meramente por imperativo de su moral y de su sentimiento de amor al prójimo, sino por temor a los costes de cualquier tipo que se les puedan imputar de resultas de los daños que puedan causar. Pues si la esmerada

moralidad y el amor al prójimo fueran el motor único o principalísimo de nuestra manera de comportarnos, serían perfectamente ociosos el derecho de daños, el derecho penal y gran parte de las regulaciones jurídicas que prevén consecuencias negativas por infracciones de deberes jurídicos.

Sobre esas bases que acabo de citar, el L&E formula su pauta rectora para un derecho de daños que quiera ser eficiente, bajo esos parámetros de eficiencia en la evitación de accidentes: en cada apartado del derecho de daños o respecto a cada tipo de conducta potencialmente dañosa, la ley debe imputar la responsabilidad (es decir, los costes del daño) a aquella parte a la que resultaría menos costoso tomar las medidas eficaces para la prevención del daño, para su evitación o la evitación de sus costes. De esa forma, y dando por sentado que los sujetos hacen cálculos racionales, tendremos que, en el conjunto social, con ese criterio se maximizará la prevención de daños con los mínimos costes totales. Pues, por un lado, entre gastarse quinientos euros al año en revisión del motor del coche y cambio de neumáticos o la probabilidad de pagar cantidades muchísimo mayor si se causa un accidente por un fallo mecánico o por desgaste de los neumáticos, cualquier calculador racional preferirá lo primero, y ahí habría una buena razón para imputar responsabilidad por esos accidentes al conductor negligente en el cuidado de su vehículo¹¹. Y, por otro lado, si esos sujetos toman esas precauciones, de resultados de sus cálculos de conveniencia, y de esa forma son ahorrados costes mucho más altos, socialmente será considerable el ahorro, ahorro que podrá usarse para otros fines más productivos de bienestar.

IV. EL L&E, ENTRE LA POLÍTICA CRIMINAL EFICIENTE Y EL MODELO DE DECISIÓN INDIVIDUAL RACIONAL

1. ¿SÓLO ECHAN CUENTAS LOS NEOLIBERALES?

Hasta ahí el ejemplo y la comparación con el derecho de daños. ¿Cómo aborda el L&E el derecho penal? Debemos empezar por recordar algo que

¹¹ Prescindo aquí de los efectos del seguro obligatorio y de cómo juegan en los cálculos del derecho de daños, según el L&E, el seguro obligatorio o el seguro voluntario.

juega de modo muy visible en el campo penal, si bien no es exclusivo de él, sino común a todas las ramas de lo jurídico. Me refiero a los dos tipos de decisiones jurídicas fundamentales, como son las decisiones de política jurídica que establecen las regulaciones y deciden los contenidos de las normas respectivas, y las decisiones de los sujetos destinatarios de las normas, decisiones atinentes a la obediencia o desobediencia a la norma¹².

Las decisiones de política criminal acaban como contenido de la legislación penal. Sabemos que en el ámbito penal no es escasa la legislación simbólica y que no es infrecuente que los legisladores busquen legitimarse demagógicamente ante sus electores, antes que crear una normativa penal eficaz y eficiente. Pero aquí vamos a dejar de lado esas anomalías político-legislativas y a figurarnos un legislador responsable, no dado a las desmesuras punitivas y que pretenda que los tipos penales se legitimen por sus efectos preventivos y sean, en ese sentido, eficientes en la mayor medida posible. Si a ese ideal de legislador penal le añadimos los presupuestos del L&E, debería tener muy en cuenta los siguientes datos, como aspectos condicionantes de la actividad legislativa en lo penal:

- a) Tal como más abajo explicaré con más detalle, el postulado capital de la eficacia disuasoria de las normas penales viene dado porque la decisión del individuo sobre si cometer o no un delito estaría esencialmente condicionado por la relación entre dos magnitudes: intensidad de la pena y probabilidad de su imposición. Esta última, la probabilidad de la imposición de la pena depende, a su vez, de la combinación entre probabilidad de que el delincuente sea descubierto y detenido, la probabilidad de que sea procesado y la probabilidad de que sea condenado.
- b) En consecuencia, la eficiencia general del sistema penal, el que haya más o menos delitos, dependerá de tres tipos de decisiones político-legislativas.

Una, la de cuántos sean los recursos económicos destinados a los cuerpos de seguridad, encargados de la prevención y persecución del delito, y al sistema judicial, competente para el enjuiciamiento de los delincuentes.

¹² Evidentemente, podríamos (y deberíamos) agregar las decisiones que toman los jueces y tribunales que aplican las normas a los casos que juzgan.

Podría añadirse, por supuesto, lo referido a la inversión pública en el sistema penitenciario y de ejecución de penas en general, que también tendrá influencia en la eficacia preventiva del sistema penal.

Dos, la de cómo se gestionen el sistema de seguridad y el sistema judicial (y, si acaso, el sistema penitenciario), de cara a su más eficaz funcionamiento.

Tres, la decisión sobre cuántas y cuáles sean las conductas que puedan y deban tipificarse como penalmente punibles. Y esto porque, si crecen las conductas penalmente perseguibles, o se eleva la partida del presupuesto público para esos fines o se irá rebajando la eficacia del sistema policial y judicial en proporción al aumento del número de delitos.

¿El insistir en que en la política criminal se tengan en cuenta estos elementos propios de lo que en sentido amplio podríamos llamar la racionalidad económica del sistema supone, acaso, caer en un pernicioso economicismo? Mi opinión es que no, y que, especialmente, toda concepción funcional o preventiva del derecho penal debe considerar con atención estas dimensiones práctico-económicas, si no quiere contradecir pragmáticamente tales postulados preventivos y si no desea dar carta de naturaleza a la legislación penal simbólica.

2. EL HOMO OECONOMICUS Y EL HOMO POENALIS

Pero el núcleo del L&E, en general y en su aplicación a lo penal, está en la idea de decisión racional de los sujetos, en el modelo de individuo decisor racional que se presupone. En este punto, hay prácticamente unanimidad en la doctrina al indicar que se debe diferenciar dos etapas en el movimiento de L&E, la ligada al modelo económico clásico y la que muchos denominan de economía conductual o “behavioral law and economics”.

El modelo primero u original de L&E se basa en el *homo oeconomicus* de la teoría económica estándar o neoclásica. El ser humano decide y actúa tratando siempre de maximizar su utilidad individual, generalmente entendida en términos de bienestar¹³. Para ello sopesa costes y beneficios y,

¹³ “The value maximization premise of neo-classical rational choice theory assumes that, when confronted with various alternative courses of action, the rational and

en consecuencia, responde a estímulos positivos y negativos. En su perfecta racionalidad y sentadas esas pautas que guían de continuo su comportamiento, ese sujeto es previsible. Por poner un ejemplo bien sencillo, dando por supuesto que, para todo ser humano racional así, estar libre y moverse sin cortapisas es mejor, es preferible y produce mayor bienestar o felicidad que hallarse encarcelado, ese sujeto preferirá siempre la libertad a la cárcel y una pena privativa de libertad más corta antes que una más larga; y decidirá en consecuencia.

Ese modelo del *homo oeconomicus* es una construcción de la teoría económica, y por su carácter ideal y alejado de la realidad de los seres humanos ha sido reiteradamente criticado, desde diversos parámetros doctrinales e ideológicos. Además, sigue existiendo un profundísimo debate en la economía y las ciencias sociales acerca de cómo o en qué unidades medir la utilidad individual, esa que cada uno de nosotros continuamente pretendería maximizar. Si ha de ser previsible el comportamiento de los sujetos, cada uno de los cuales se guía por el deseo de maximizar su utilidad individual, tiene que ser posible reconducir esas utilidades individuales a un patrón común de medida, han de poder medirse no como mera magnitud estrictamente subjetiva, sino como grado en que se alcanza algo comúnmente apreciado. Los candidatos principales a ese fin son, en el debate contemporáneo, el bienestar o la felicidad. Pero esas dos son nociones considerablemente abstractas y compatibles con que para cada uno sean distintas las cosas o eventos que le aumenten o les disminuyan el bienestar o la felicidad. Alguien puede experimentar sensaciones sumamente gratas leyendo un libro de buena literatura o estudiando un tratado de física, mientras que otros quizá consideren esas actividades sumamente desagradables, nada placenteras.

self-interested *homo oeconomicus* will choose the alternative that *maximises his or her individual utility*. Within welfare economics, welfare is used as a measure for evaluating social conditions". Mathis, Klaus & Steffen, Ariel David, "From Rational Choice to Behavioural Economics. Theoretical Foundations, Empirical Findings and Legal Implications", en Ed. Mathis, Klaus, *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Cham, etc, Springer, 2015, p. 31.

Las escalas personales pueden variar muchísimo. Si tiene que elegir, ¿prefiere usted no pasar hambre en la cárcel o estar hambriento en libertad? ¿Le hace a usted más dichoso disponer de una buena biblioteca personal o tener un coche muy potente y cómodo? Y, si hablamos de penas, ¿prefiere usted, que por medios delictivos ha acumulado una gran fortuna, pagar cinco años de cárcel y disfrutar luego de todo ese dinero, o conservar su libertad en todo momento a costa de que se le prive de todo lo que ilícitamente obtuvo? Es más que probable que diferentes personas respondan distintamente a estas preguntas.

Ha habido intentos, como el de Richard Posner en cierto momento, de reconducir el patrón a dinero, a riqueza económica. El dinero da la posibilidad de adquirir aquello que nos da bienestar o nos hace felices y, a la postre, las preferencias de cada cual se orientarán a aquello por lo que está dispuesto a pagar y en el orden resultante de por qué cosas pagaría cada uno más o menos, si tuviera con qué. Quizá ese patrón dinerario sirva a la teoría de la justicia distributiva, pensando que lo que entre los ciudadanos debe estar adecuadamente distribuido son los medios económicos con los que cada cual puede organizar autónomamente su vida en función de sus personales preferencias. Pero cuando no se trata de discernir cuál es la justa distribución de bienes, sino de poder prever comportamientos de la gente, ese criterio no resulta muy útil. Al fin y al cabo, hay quien es feliz haciendo voto de pobreza y quien considera que su particular bienestar o felicidad no depende de cuánta riqueza tenga a su disposición para satisfacer sus deseos mundanos, sino de otro tipo de posibilidades de naturaleza más “espiritual”.

Sea como sea, si lo que la ciencia social busca es cómo prever comportamientos, ese propósito tiene naturaleza general o estadística. No se trata de saber qué preferirá Fulano a la hora de decidir su conducta en función de su personal escala de utilidad, sino de averiguar qué efectos generales tendrán ciertas causas. Así, el economista puede con considerable certeza anticipar que una fuerte subida del precio de la carne provocará un descenso en el consumo de carne y un aumento de la demanda de pescado o de otros alimentos que sustituyan a la carne, al margen de que haya un cierto

número de vegetarianos a los que tal circunstancia no afecte directamente en sus pautas de consumo. Igualmente, el que una conducta pase de ser impune a estar castigada con una pena de cinco años de cárcel hace previsible que renuncien a ella muchos de los que antes optaban por esa conducta porque les resultaba satisfactoria o les beneficiaba de alguna manera, con independencia de que pueda haber quien persevere en tal modo de hacer y asuma el riesgo consiguiente, sea porque prefiere el placer inmediato de ejecutar esa acción, sea porque no le importa ir a la cárcel, para allí poder comer o porque no le resulta tan terrible como a los demás el encierro.

La teoría penal presupone esas escalas generales de preferencias y, con su clasificación de penas más graves y menos, asume cosas tales como que la gran mayoría de los individuos lamentan antes que nada la pérdida de su libertad y, en segundo lugar, la pérdida de dinero, razón por la que para los delitos más graves (y queriendo disuadir de la comisión de tales delitos) se estipulan penas de cárcel y para los siguientes en gravedad, penas pecuniarias. Sin ese cálculo o si fuera radicalmente erróneo, la teoría penal no podría pretender efectos preventivos como justificación de la pena, o fracasarían estrepitosamente las políticas penales de orientación preventiva.

Por tanto, si el penalista se ensaña con la figura del *homo oeconomicus* que manejan los economistas y los seguidores del L&E, se tendrá que enfrentar de inmediato con la pregunta sobre el *homo poenalis*. Si no tuviera sentido que los economistas construyeran sus previsiones sobre la base de ese modelo de decisión racional de ese *homo oeconomicus* que trata de maximizar su utilidad individual, paralelamente no tendría sentido tampoco ese sujeto penal del que se piensa que prefiere maximizar su libertad o su disposición de dinero y sobre el que, en consecuencia, tiene efectos disuasorios la amenaza de la pena privativa de libertad o pecuniaria. Pues, así como sabemos que el ideal de sujeto económico no siempre se corresponde con las preferencias del sujeto de carne y hueso y que hay quien sigue consumiendo igual lo que se vuelve más caro, aunque se arruine por completo¹⁴,

¹⁴ Como muy bien expresa Íñigo Ortiz de Urbina, “lo que pretende el enfoque de la elección racional al utilizar el *homo oeconomicus* no es describir cómo son los seres humanos individuales, sino explicar y/o describir los fenómenos sociales. Para ello, efectivamente, se opera mediante modelos que abstraen características de la rea-

es sabido que hay delincuentes a los que la amenaza del castigo en nada afecta o hasta sirve de estímulo para su conducta arriesgada.

Insisto, o el penalista acoge algún modelo de decisor racional genérico como base de la justificación preventiva de la pena o no le quedará más salida que fundar la pena en términos de retribución por la mala acción del delincuente y que defender que la justicia retributiva debe mantenerse a la hora de castigar los delitos, aunque se constate que dicho castigo carece de efectos disuasorios y preventivos.

3. ¿SALEN LAS CUENTAS?

Retornemos, pues, a ese modelo de sujeto ideal calculador y maximizador de utilidad individual que el L&E asume con carácter general, y también cuando aplica el método del análisis económico al derecho penal.

El L&E presupone que las normas penales se explican y se legitiman por sus efectos sobre las decisiones de los individuos. Ese sujeto penal u *homo poenalis* decide entre alternativas de acción en función de un cálculo de consecuencias y según los efectos que para su utilidad, bienestar o felicidad atribuya a cada curso de acción que examina. Así ocurriría en cualquier ámbito de la vida. Pongamos un ejemplo al margen de lo económico y lo penal. Un individuo puede estar decidiendo si se casa o no con otro y tendrá muy en cuenta las probabilidades de ser feliz y llevar una vida satisfactoria, en múltiples aspectos, con esa otra persona después del matrimonio. Puede errar gravemente y cabe que sea una desdicha, a la hora de la verdad, esa vida en común que pensaba que iba a resultar muy plena, pero por regla general podemos suponer que nadie decidirá casarse con otro si está convencido de que su vida matrimonial va a tornarse desastrosa, muy desgraciada. Evidentemente, esas previsiones de tal persona pueden

lidad para facilitar su tratamiento, y esto se hace con plena conciencia de tratarse de idealizaciones”. Y añade que “El enfoque de la elección racional no sostiene que todas las personas sean racionales. Los partidarios de este tipo de modelos son plenamente conscientes de que su modelo, si se entiende como una descripción del comportamiento individual, es falso. Al tiempo, sin embargo, piensan que tal modelo es útil en el análisis del comportamiento humano”. Ortiz de Urbina, Íñigo, *op. cit.*, p. 40.

estar condicionadas por factores subjetivos, como su gran enamoramiento momentáneo, la presión social o familiar o múltiples factores. Pero que las previsiones de cada cual nunca estén garantizadas como seguras y exactas no quita para que se pueda afirmar que cada cual decide casarse o no, por regla general, según una previsión sobre los efectos futuros, los beneficios y los costes de su decisión. Y entiéndase que aquí la noción de beneficios y costes no tiene una equivalencia económica, no hablamos (sola ni principalmente) de beneficios y costes en dinero o riqueza, sino en clave de bienestar o felicidad.

Vamos al fin con el sujeto ante la ley penal según los planteamientos del L&E. La acción que la ley penal tipifica como delictiva solo va a ser realizada por el sujeto al que le aumente su utilidad individual, aquel que piensa que dicha acción le va a reportar un beneficio. Insisto una vez más en que cuando en teoría de la decisión racional se habla de beneficio o ventaja, no tiene por qué tratarse de beneficio o venta económicos. Si en el ámbito penal nos movemos, es obvio que beneficio económico rinden delitos como el robo, el hurto, la apropiación indebida, etc., pero evidente es también que ni siquiera en esos delitos tiene por qué ser el móvil económico el único que cuente para el actor y, sobre todo, que hay delitos, la mayoría, en los que la utilidad para el agente puede no ser ni remotamente económica. El delincuente, por tanto, al delinquir, responde a un estímulo positivo, está tratando de incrementar su utilidad individual.

Al mismo tiempo, la amenaza del castigo penal obra como estímulo negativo, y lo que el sujeto compara es la utilidad positiva de la acción delictiva y la utilidad negativa de la pena. Pero la utilidad negativa que a la pena le calcula el sujeto resulta de la combinación de dos parámetros: la intensidad de la pena legalmente prevista para esa conducta y la probabilidad de la imposición de tal pena para tal conducta suya. A su vez, la probabilidad de que la pena se le aplique depende de la combinación de varias probabilidades: la de que sea descubierto y detenido, la de que sea procesado y la de que sea condenado¹⁵.

¹⁵ Y cabría añadir, en ciertas situaciones, la probabilidad de que, una vez condenado, tenga que cumplir efectivamente la pena impuesta.

Pongamos que es posible cuantificar beneficios y pérdidas, con el matiz que hace un momento se indicó. Imaginemos que un sujeto S se plantea realizar una conducta que sabe que está penada. El beneficio esperable es de 5.000. La pena prevista para ese delito tendría su máximo posible en 8.000. Pero esa pena hay que multiplicarla por el índice de probabilidad de que acabe siendo impuesta a S, de resultas de las tres o cuatro variables que se acaban de citar. Supóngase que es del 50% la probabilidad establecida para esa pena, de resultas de la experiencia acumulada sobre el funcionamiento del sistema policial y penal en general, y de lo que viene ocurriendo con ese delito o con los delitos de ese tipo. O sea, que sabemos que, poco más o menos, la mitad de tales acciones delictivas quedan impunes. Entonces tendríamos:

$$8.000 \times 0.5 = 4.000$$

Así pues, S encuentra que la ganancia es superior al castigo por la probabilidad de su imposición¹⁶, y tendrá más motivación para delinquir que para evitar ese delito. La pena tendrá un escaso efecto disuasorio¹⁷. Menos todavía será, lógicamente, tal efecto disuasorio si la probabilidad del castigo penal es del 20%, ya que

$$8.000 \times 0.2 = 1.600.$$

En los dos casos, y para ese delito, el derecho penal no será eficiente. Sí lo será si el coste de la pena por su probabilidad es más alto que el beneficio esperable del delito. Pongamos que, siendo ese beneficio nuevamente de 5.000 y el “coste” de la pena de 8.000, la probabilidad del castigo esté en el 80%. Entonces

$$8.000 \times 0.8 = 6.400.$$

¹⁶ Pues $5.000 - 4000 = 1.000$.

¹⁷ Aunque sea nada más que de pasada, es muy interesante mencionar un detalle más: una pena perfectamente equivalente, en valor o coste, al valor negativo de la acción delictiva, solo sería bien disuasoria si fuera del 100% la probabilidad de imposición de esa pena. Así, si para el robo de 1.000 euros la pena prevista fuera de multa de 1.000 euros (además de la devolución de los mil que robó) y no fuera del 100% la probabilidad de condenar a cada ladrón, esa norma no disuadiría en la proporción debida. Esto, como es evidente, tiene también consecuencias considerables para la visión del principio de proporcionalidad penal desde el L&E.

La lección importante que de este punto de vista se desprende es que, en principio, para aumentar la eficiencia de la norma penal se puede jugar con cualquiera de esas dos variables: o la intensidad de la pena o la probabilidad de su imposición, de resultados de la gestión del sistema de seguridad y del sistema judicial.

Parándonos por el momento en esta parte nuclear y, al tiempo, elementalísima del tratamiento del derecho penal por el L&E, se imponen ya unas pocas observaciones.

Para empezar, no son esas dos (dureza de la pena y probabilidad de su imposición efectiva) las únicas variables que pueden influir y normalmente influirán en la decisión del sujeto. Por eso a veces se deja abierta una variable adicional genérica, tal como, entre nosotros ha expuesto muy bien Íñigo Ortiz de Urbina¹⁸. Esa variable adicional puede recoger factores influyentes en algunas personas, tales como su temperamento, su educación, su socialización, las alternativas de comportamiento que efectivamente se le ofrecen a alguien, con el correspondiente coste de oportunidad, etc., etc.

Por razón de esa genérica variable adicional no es exactamente previsible en cada persona su decisión y, en consecuencia, su reacción a la amenaza de la pena y al balance de costes y beneficios entre la acción delictiva y la pena. Sin embargo, ese elemento de imprevisibilidad de la decisión de cada concreto sujeto es compatible con ciertos cálculos de probabilidad general. Al igual que cabe razonablemente prever que un aumento del precio de la carne provocará un descenso de su consumo, parece como pauta general razonable presagiar que un aumento de las penas por un delito o de la eficacia en su persecución incrementará el efecto disuasorio de la norma penal correspondiente. Si en el fondo de los razonamientos de los penalistas no latiera esta idea, no tendría mucho sentido la asignación de efectos preventivos al sistema penal, como justificación del mismo. Y no sólo del sistema penal, sino de las normas sancionadoras en general. Si los conductores sabemos que la multa por aparcar en zona prohibida de la

¹⁸ Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, “Análisis económico del Derecho y política criminal” *Revista de derecho penal y Criminología*, 2ª época, 2004, n° extraordinario 2, pp. 52 y 55.

ciudad ha pasado de cincuenta a trescientos euros, y si además estamos al tanto de que ha aumentado el número de agentes destinados a multar esas infracciones, es completamente previsible que el número de las mismas descienda notablemente.

Cuestión distinta es la de si resulta acertado y razonable aplicar un razonamiento puramente mecánico en este campo, considerando que siempre y para cualquier delito se sigue un incremento de la eficiencia preventiva o disuasoria de la norma al aumentar la pena, o si habrá umbrales limitadores en todos o en algunos casos. Y, lo mismo, si siempre va a derivarse ese aumento de eficiencia de una mayor inversión en o una mejor gestión de los sistemas de seguridad y judicial. Posiblemente sea verdad la intuición general del L&E (y de la penalística prevencionista en general), pero lo más interesante para la teoría y la práctica se encuentre en las excepciones.

4. ¿UNA CONSPIRACIÓN PUNITIVISTA?

Segunda observación. Aun admitiéndose excepciones puntuales a la regla general de la eficiencia, tal como hemos visto que el L&E la calcula, se puede pensar que da pie esta doctrina a una gran justificación del punitivismo desmesurado, un buen fundamento para la elevación grande de las penas para cualquier delito, en la seguridad de que, salvo en ciertos supuestos especiales, tal elevación llevará a una mayor eficiencia preventiva y, con ello, a indudables beneficios para la sociedad¹⁹. A esto se puede objetar de distintas maneras, y así lo han venido haciendo algunos defensores del L&E.

En primer lugar, y muy elementalmente, conviene recordar que ese riesgo de propensión al punitivismo no es ni mucho menos exclusivo del L&E, sino de cualquier justificación de la pena en términos utilitaristas o con enfoque preventivo, siempre que a cualquiera de esos fundamentos de lo penal no se le añadan matices o no se combine con consideraciones de justicia retributiva y hasta con la defensa de ciertas garantías procedimentales mínimas, como la que dificulta la condena de inocentes o la que obsta a la extensión indiscriminada de los delitos de peligro o a la punición de determinados sujetos por motivo nada más que de su peligrosidad potencial.

¹⁹ Sobre ese prejuicio tan frecuente y sobre su error de base, véase Ortiz de Urbina, Íñigo, *op.cit.*, pp. 65-66.

En segundo lugar y, ante todo, no hemos de perder de vista que en el fondo se presta atención a costes, tanto económicos como de bienestar o felicidad en sentido amplio y no meramente económico. El L&E tiene una raíz que lo emparenta con el utilitarismo clásico, aun cuando muchos de sus cultivadores se hayan ido alejando un tanto de esa raigambre utilitarista. Para el L&E, los sujetos deciden sus acciones sobre la base de un cálculo de utilidad individual que en parte importante es previsible cuando quien decide tiene información suficiente y cuando tenemos nosotros información suficiente sobre él. Pero que el sujeto decida según ese patrón de racionalidad individual no convierte en justa ni socialmente conveniente esa su decisión. Así, un sujeto puede calcular con acierto que el balance coste-beneficio del delito y de la pena es favorable al delito y, en consecuencia, puede previsiblemente dicho sujeto decidirse a consumir la acción delictiva. Su acción será vista como racional en ese sentido, pero será contraria al propósito que subyace a la norma penal que viola y a la normativa penal en general. Pues un derecho penal se justifica en la práctica tanto más cuanto más eficiente sea, y esa eficiencia no se mide en clave de costes o beneficios individuales, sino de costes y beneficios sociales, del conjunto social. En otras palabras, un sistema penal con sanciones muy escasamente disuasorias o muy ineficaz a la hora de perseguir y castigar las conductas tipificadas como delitos puede resultar muy “positivo” o ventajoso para los muchos ciudadanos que se animen a delinquir y gran parte de los cuales no recibirán castigo o lo tendrán muy leve; pero ese mismo sistema es socialmente inconveniente y desventajoso, ya que no evita los costes sociales que supuestamente trata de aminorar.

Pues no olvidemos algo en lo que tal vez se debió insistir ya hace rato, como es que para el L&E lo que justifica la tipificación delictiva y la punición de ciertas acciones son los costes sociales colectivos de las mismas. El delito lo es, o debe serlo, porque esas acciones que como delito se tipifican son acciones que “empobrecen” la sociedad, que merman el nivel general o promedio de bienestar o felicidad.

En este último punto nos topamos con una peculiaridad metodológica del L&E, en su aplicación al derecho penal. Mientras que, por una parte, pone en su centro al *homo oeconomicus* o individuo que decide racionalmente

a base de calcular la utilidad que le pueden reportar sus alternativas de acción, individuo que así y por eso optará entre cumplir la norma prohibitiva o vulnerarla, por otra parte, para el L&E, el sistema penal como tal no se justifica por razón de ningún individuo o bien individual en sí, no para proteger a la víctima individual ni para retribuir la mala conducta del delincuente, sino por razones macro, por razones sociales, pues es configurado el sistema penal (y el Derecho en general) como una herramienta poco menos que de ingeniería social y dirigida a aumentar cuanto sea posible el balance general de bienestar o felicidad.

Es a partir de lo anterior como podemos entender el primer argumento posible contra la acusación al L&E de que sea una doctrina abocada a justificar el punitivismo desenfrenado, justificándolo en aras de la mayor eficiencia de la normativa penal. Pues si lo que más importa no es la persecución de ciertas conductas por razón de su inmoralidad, injusticia o intrínseca maldad o su carácter dañoso para las concretas víctimas, sino el logro del mejor nivel posible de bienestar o felicidad global, hay que tener en cuenta que un sistema penal, con sus limitaciones de la libertad y sus castigos, no sólo incrementa bienestar, sino que también lo limita, y que seguramente hay un umbral a partir del cual el balance de un sistema penal con penas más duras ya no es positivo, sino negativo. No es difícil pensar que en una sociedad en la que hasta la infracción más nimia estuviera duramente penada y en el que las penas para los delitos tenidos por más graves fueran atrocemente fuertes, seguro que habría gran eficiencia preventiva, pero escaso bienestar o felicidad, de resultados del miedo de cada uno al uso erróneo de su autonomía. El *homo economicus*, el decisor racional, calcularía sus acciones y el resultado de ese cálculo se puede suponer muy contrario a la opción delictiva, pero sería un cálculo acontecido en estado de terror, de fortísimo malestar. A lo mejor tendría sentido hablar de que, superado un umbral, hay una utilidad marginal decreciente de cada aumento de penas para el bienestar social, hasta llegar a un punto en que el incremento adicional de las penas ya no sólo es inútil, sino dañino para el bienestar del grupo.

5. ARMARSE DE VALOR

Tercera observación. Es muy probable que cualquier lector de las páginas anteriores haya pensado que todo se apoya en una quimera, ya que se da por supuesto que son mensurables y commensurables el “beneficio” del delito, por un lado, y la intensidad de la pena, por otro. Naturalmente que cabe discutir ese presupuesto, pero el penalista que objete puede a su vez ser sometido a algunas objeciones de no fácil resolución.

Primeramente, porque es difícil negar que, en nuestra vida ordinaria y de continuo, hacemos ese tipo de balances, valoraciones comparativas, ponderaciones de alternativas o como queramos llamar. Ciertamente que casi nunca asignamos magnitudes numéricas a las alternativas, a no ser, si acaso, cuando hacemos cálculos de costes económicos con información suficiente sobre precios. Cuando yo me planteo si esa noche que salgo con los amigos a cenar y quedó mi pareja en casa, voy a regresar a una hora razonable o voy a estar hasta las tantas tomando copas con los últimos que se vayan, asigno ciertas magnitudes al enfado posible de mi pareja y a sus efectos sobre mi vida y mi estado de ánimo, por un lado, y a lo que espero divertirme con los colegas de ese modo y en lo que queda de noche, por otro, y en función del balance que me salga decidiré. Por eso hay una diferencia capital y definitiva entre decidir de esa manera o decidir jugando a cara o cruz las alternativas.

Además, el principio de proporcionalidad entre gravedad del delito e intensidad de la pena, tan grato a los penalistas, pierde sustento si no es posible una consideración comparativa de ambos extremos, comparación que comienza por atribuir algún tipo de grado o magnitud. Tal hacemos desde el mismo momento en que, por ejemplo, decimos que la pena del delito tal es más grave o es más suave de lo que a la gravedad de la acción delictiva corresponde. Si se sostuviera que ese tipo de juicios están faltos de cualquier apoyo o de la más mínima racionalidad, el principio de proporcionalidad penal haría mutis por el foro y habríamos de prescindir de tal idea regulativa.

Se podrá alegar que mismamente al hacer ese balance de la proporcionalidad se está presuponiendo un patrón de medida que tiene más que ver con alguna forma de moralidad o con alguna clase de valor bien distinto del criterio de costes y beneficios para el bienestar que usa el L&E. Pero las réplicas posibles a una observación así son dos. Una, la de que no es tan evidente que no pueda usarse como pauta para la idea de proporcionalidad penal esa misma empleada por el L&E. La otra, que, como más de un representante eximio del L&E ha subrayado, no hay incompatibilidad teórica a la hora de complementar con ideas sustantivas de justicia los análisis del L&E. Igual que, en mi opinión y en otro orden de cosas, no hay radical incompatibilidad, sino necesaria complementariedad, entre fundamentaciones preventivas y retributivas del castigo penal.

Regresemos a aquella distinción que antes se recordó, la distinción entre “cálculos” de política criminal y “cálculos” del sujeto que va a decidir entre cursos de acción alternativos, uno de los cuales implica delinquir. En ambos casos, creo que no está fuera de lugar hablar de que se hace un balance de costes y beneficios, aunque no hay por qué pensar que ese cálculo es o debe ser reducible a un cálculo puramente económico, monetario.

6. LO QUE EL LEGISLADOR PENAL DEBE CALCULAR, Y CÓMO

Empecemos con las decisiones de *política criminal*, las atinentes a si penar o no determinada conducta. El derecho penal castiga conductas, pero no meramente porque en sí sean o puedan verse como inmorales o reprochables en algún sentido, sino para amparar determinados bienes individuales o sociales. Esa protección puede hacerse o bien penando la acción que daña el bien en cuestión, o, en ciertos casos, penando la puesta en peligro del bien en cuestión. Pero, así como se puede considerar que peca o se conduce inmoralmente el que tiene malos pensamientos²⁰, para el castigo penal se requiere o bien el daño para el bien protegido (la vida, la propiedad...) o bien la puesta en peligro del bien protegido, sea esto último por razón de actos preparatorios (si están penados) o de tentativa (en los delitos

²⁰ El que desea la muerte de otro, por ejemplo.

en que cabe punir la tentativa), sea por causa del alto riesgo que para el bien protegido suponen determinadas acciones²¹ no directamente dirigidas a dañar el bien protegido. Resumidamente, podemos decir que al derecho penal no le interesa la cualificación de la acción en sí, sino que las conductas se castigan penalmente por causa de sus efectos reales o potenciales. Es lo que también cabría llamar el elemento consecuencialista ínsito en el derecho penal.

Si el objetivo insoslayable es siempre, pues, el de la protección de cierto bien individual o social (la vida, la propiedad, la paz o el orden público, algunas instituciones del Estado, el orden constitucional...), tiene fundamento que hablemos de costes como componente básico de la política criminal, y tanto en sentido económico como en sentido no económico. Y como mínimo en las siguientes fases o los siguientes apartados.

En primer lugar, hay que evaluar si cierta conducta genérica²² daña o no un bien de los que se estiman merecedores de esa protección especial. Previa es, por tanto, la catalogación de esos bienes susceptibles de salvaguardia penal, pero aquí vamos a dar por sentado que ese catálogo ya está establecido o que hablamos de bienes cuyo merecimiento genérico de protección penal no se discute, como la vida, la integridad física o la propiedad.

¿Cuánto vale la vida de una persona, en general o por término medio²³? Supongamos que a cien personas les pedimos que, en una escala de 1 a 10, valoren cuánto de grave les parece que se mate intencionadamente a alguien, no concurriendo razones muy poderosas (como la legítima defensa propia o de tercero) para justificar el homicidio. Seguro que las magnitudes

²¹ Por ejemplo, conducir muy borracho.

²² La norma penal, como norma general y abstracta, tipifica conductas genéricas. Es la sentencia la que califica conductas concretas e individuales normativamente y sobre la base legal preestablecida.

²³ La puntualización “en general o por término medio” es importante. Si nos preguntamos cuánto vale la vida de Hitler o la de Stalin o la de Pol Pot o la de cualquier tirano tremendamente sanguinario, a efectos de decidir si su vida debe estar penalmente protegida, seguramente acordaremos muchos que no vale nada y que quienes los mataran no merecerían castigo, sino premio, si acaso. Algo de eso sabían ya los teóricos medievales del tiranicidio.

asignadas estarían en el tramo más alto de la escala, entre 8 y 10. Si a cien personas les pedimos que, en una escala de dureza de las penas, también entre 1 y 10, valoren cuál es la pena que merece el homicidio, es prácticamente seguro que asignarán valores muy semejantes a los anteriores. Es difícil imaginar que alguien considere que un delito muy grave merece una pena leve, por ejemplo. Está operando ahí una especie de intuición elemental de justicia retributiva o del principio de proporcionalidad penal.

Si estamos de acuerdo en que ese sencillo experimento es viable y tiene sentido y en que podría reproducirse para un gran número de posibles conductas que generalmente se consideran como merecedoras de pena o no merecedoras de pena²⁴, aparecerá pronto la cuestión teórica más interesante: ¿a qué podemos reconducir esas valoraciones?, ¿*qué unidad o patrón de medida les subyace?*

Si decimos que se trata de un patrón moral anclado en la moral social positiva, seguramente decimos algo tan cierto como casi trivial. Ya he escrito antes que no es fácil que, al menos en un Estado democrático, sea delito un comportamiento que socialmente no se considera moralmente reprochable²⁵. Si queremos concretar más, el problema se nos complica por causa de la muy diversa naturaleza del bien protegido según los tipos de delitos. En ese sentido, poco tienen en común los delitos contra la vida, contra la propiedad o contra el erario público, por ejemplo. Y, sin embargo, esas diversas conductas que atentan contra esos bienes tan disímiles no son inconmensurables en la práctica o para los ciudadanos.

Pensemos en otro sencillo experimento. Si preguntamos a cien sujetos si consideran más grave (y, por tanto, merecedor de pena más severa) o menos grave (merecedor de pena menos severa) un homicidio o una defraudación

²⁴ Quedarían fuera los casos problemáticos, los muy discutidos, aquellos comportamientos respecto de los que socialmente hay gran discrepancia sobre si son reprobables (y en qué grado) o admisibles. Sería, por ejemplo, el caso del aborto voluntario, de algunos delitos relacionados con el tráfico de ciertos estupefacientes o de algunas expresiones, como la blasfemia, o de la formulación de determinadas opiniones de cariz político (como las favorables a algún grupo político o a un grupo terrorista, etc.).

²⁵ Aunque no todos los comportamientos moralmente reprochables se vean como merecedores de ser delito.

fiscal de veinte mil euros, van a coincidir en la mayor gravedad del delito contra la vida. Puede parecernos que vida y dineros públicos son bienes inconmensurables, pero todo el mundo los compara, a efectos de este tipo de valoraciones. Es más, aun en sociedades muy plurales y pluralistas en lo moral y lo político, como la nuestra, las coincidencias en el resultado de estas comparaciones son mucho más amplias que las discrepancias.

Este no es el lugar para intentar alguna hipótesis sobre los patrones que componen esas valoraciones, valoraciones que subyacen a y dan sentido a cualquier política criminal razonable. Seguramente se combina en esas valoraciones toda una serie de variables, de patrones de juicio bien diversos. Lo que aquí nos interesa resaltar es que, de resultados de esos patrones y sean en concreto los que sean, salen siempre unas valoraciones desde las que se juzga sobre la gravedad de determinadas conductas real o potencialmente dañosas para algunos bienes y sobre el merecimiento de pena correspondiente a esa gravedad de la conducta dañosa. Así que, a efectos analíticos, llamemos *V* al patrón o unidad de valor que en el fondo subyace siempre, como resultado de esas combinaciones.

El valor de un bien penalmente protegido se mide en *V*. La gravedad del atentado contra el bien protegido equivale a costes en *V*, igual que el mal que la pena supone para el penado equivale a costes en *V*. Si, por ejemplo, una pena es pecuniaria, su coste es económico. Si es privativa de libertad, su coste es en parte intangible (pérdida de libertad durante el tiempo de cárcel, más pérdida de consideración social o estigma, etc.), pero también puede haber costes económicos, en especial en la variedad de lucro cesante. En cuanto al daño para la víctima, puede ser fundamentalmente intangible (por ejemplo, en los delitos contra el honor) o puede ser predominantemente económico, como en los delitos contra la propiedad. Pero, repito, aquí vamos a utilizar la variable *V* para referirnos en abstracto a los costes, y como unidad expresiva de la sorprendente conmensurabilidad de esos costes en la práctica social.

En lo anterior estábamos refiriéndonos a costes para la víctima, cuando es individualizable, y para el actor del delito que es penado por él. Pero el derecho penal acarrea otros costes, y estos sí son traducibles a dine-

ros. Porque coste económico tiene el mantenimiento del aparato estatal de seguridad y de justicia, coste económico tiene el sistema penitenciario y tienen las penas de cárcel, y a lo económico son traducibles también los costes de tramitación, en sus diversas variantes. Y también el delito tiene unos costes sociales, más allá de las víctimas concretas, que se pueden más o menos fácilmente computar en dinero contante y sonante. Y no solo eso, pues según haya más o menos delitos, los ciudadanos se verán impelidos a tomar más o menos precauciones para prevenirlos²⁶ por su cuenta y en lo que ellos dependan, o para paliar económicamente sus efectos, y tales medidas suponen costes también.

Mas no es descabellado sostener que también desde ese punto de vista social hay costes intangibles (c^i) del delito, como pueda ser lo que afecte a la tranquilidad pública, a la confianza de los ciudadanos, a su ocio, a sus alternativas vitales o profesionales, etc., etc.

Los costes en V , tanto desde el punto de vista de víctima y delincuente, como desde el punto de vista social, podemos verlos como la suma de costes intangibles (c^i)²⁷ más costes económicos (c^e).

Así que el coste de un delito (c^d), en unidades de V , podemos representarlo así:

$$c^d (V^d) = c^{i1} + c^{i2} \dots + c^{in} + c^e$$

Esa misma fórmula podemos usar para representar el coste de la pena (c^p)

$$c^p (V^p) = c^{i1} + c^{i2} \dots + c^{in} + c^e$$

Y tanto puede servir esa fórmula para representar los costes del delito para la víctima (cuando es individualizada) como los costes del delito para la sociedad estatal²⁸ en su conjunto, y los costes de la pena para el penado

²⁶ Piénsese en el ejemplo fácil de la adquisición de alarmas y sistemas de seguridad para viviendas, insituciones o empresas.

²⁷ Al derecho no le es extraña la traducción a dinero de “costes” intangibles. El caso más claro es el del daño moral en la responsabilidad civil, pero hay bastantes más. Aquí estoy dando por sentado, sin fundamentarlo, que esas equivalencias dinerarias que los tribunales (o los legisladores cuando fijan baremos que abarcan cosas tales como el daño moral) hacen son fuertemente discrecionales y no siguen ni pueden seguir un patrón objetivo.

²⁸ Mientras hablemos de un derecho penal estatal.

y los costes de la persecución, condena judicial y ejecución de la pena para la sociedad en su conjunto.

Lo que el L&E propone en cuestión de política criminal es que, para cualquier delito, los costes sociales del delito no sean inferiores a los costes sociales de la pena. O sea, que lo que el Estado invierta para penar esa conducta como delictiva no sea más de lo que esa conducta socialmente cuesta; que, en términos de lo que la pena socialmente nos cuesta, el delito merezca la pena, que nos compense penarlo.

Pero no podemos dejar de atender a un elemento esencial. La razón que, según el L&E, justifica la tipificación de una conducta como delito, con el “gasto” que ello supone, es precisamente el coste social de tal conducta. Y la función de la pena no es hacer que el delincuente pague el coste personal a su víctima²⁹, sino la disuasión general, el que haya menos de tales conductas y, con ello, menos costes sociales de las mismas. Un derecho penal es más eficiente cuando más disuade y a menor coste. Un sistema penal que respecto del delito D disuada un 90% es más eficiente que uno que disuada un 80%. Pero uno que disuada ese 90% con un coste menor es más eficiente que uno que disuada así con un coste mayor³⁰.

El Estado determina gran parte de la eficacia disuasoria de las normas penales mediante una serie de decisiones económicas y de gestión que tienen que ver ante todo con el sistema policial y el sistema de Justicia. Así, cuantos más medios personales y materiales tengan a su disposición la policía, más delincuentes podrán ser descubiertos y llevados ante el juez; y cuanto mejor diseñado esté el sistema procesal penal para evitar el efecto antipreventivo de que bastantes delincuentes se libren de la condena³¹. A

²⁹ Esa, en cambio, si puede ser una función importante del derecho de daños.

³⁰ Reparemos en que, una vez que hemos aceptado que los costes no son meramente económicos, sino que cuentan también los costes intangibles (como pérdida de libertad, estigma social, etc.), tenemos en lo que se acaba de decir una razón más para sostener que, a igual disuasión, es más eficiente una pena menor. Si del delito D disuade igual una pena de tres años y una pena de dos, será más eficiente imponer la pena de dos, pues ahorra costes económicos y costes intangibles.

³¹ O de que inocentes la padezcan, lo cual puede tener también cierto efecto antipreventivo y, en cualquier caso, socava parte importante de los fundamentos del sistema.

más inversión en (y mejor gestión de) esos dos sistemas, mayor eficacia preventiva del derecho penal, pero también mayores costes económicos, y, en alguna medida, más costes intangibles también³². El L&E viene a decirnos que en algún punto ha de situarse ese equilibrio al que idealmente la política criminal de los estados tiene que aspirar.

Dejo aquí las consideraciones sobre la política criminal desde el punto de vista del L&E, pero no sin plantear la cuestión fundamental acerca de dónde estaría la grave incompatibilidad con los ideales y planteamientos de la teoría y la dogmática penal al uso entre nosotros, y más si son, como suele, una teoría y dogmática marcadamente prevencionistas. Reducido el análisis penal del L&E a su lógica más elemental, lo que nos indica es que no tienen sentido o racionalidad defendible políticas criminales que supongan costes importantes y sean escasamente disuasorias, o normas penales que, justificándose por la necesidad de limitar delitos, no vayan acompañadas de las inversiones adecuadas para que sean efectivas, y queden meramente como legislación penal simbólica. No hay que penar lo que socialmente no tenga costes (en el sentido amplio y abarcador que se viene dando aquí a la expresión) y deben ponerse los medios precisos para que las normas penales disuadan en verdad de las conductas que sí tengan tales costes, pero siempre procurando que el remedio no sea peor que la enfermedad y que los costes de la persecución penal no superen los costes del delito mismo. Y, de paso, recibe apoyo el principio de proporcionalidad penal, en especial para quienes no sean retribucionistas.

Los ejemplos que podríamos traer a colación serían muchos, pero mencionemos uno solo. ¿Es racional, en esos términos del L&E, la persecución penal del tráfico de drogas de las llamadas blandas? ¿Compensa? ¿No sería mucho más útil destinar a otros fines sociales los ingentes medios que a la persecución y castigo de esos delitos se dedican, o aplicarlos a la prevención y castigo de otros delitos más graves? Y, por el lado inverso, ¿sería racional y socialmente conveniente despenalizar el robo y el hurto y remitir su arre-

³² Pensemos en los “costes” que en su calidad de vida padecería una sociedad con altísima presencia policial o en la que la policía dispusiera de medios técnicos para vigilar muy intensamente la mayor parte de las actividades de las personas.

glo, mediante indemnización por el daño causado y sin penas, al derecho de la responsabilidad civil extracontractual meramente?

7. CONOCER PARA PREVENIR. O DE LOS VERDADEROS RASGOS DEL *HOMO POENALIS*

Pasemos al segundo aspecto, el referido al individuo que elige entre alternativas de conducta y calcula cuál le conviene más. Para que la política criminal pueda orientarse con sentido por un criterio de eficiencia preventiva y de balance de costes, ha de ser previsible el comportamiento de los ciudadanos, en cuanto respuesta a estímulos como la amenaza de la pena. Esto es, para que podamos anticipar con suficiente certeza cómo van a reaccionar ante un estímulo todos o la gran mayoría, debemos conocer cuál será la reacción de cada uno. Si, por ejemplo, cada ciudadano echase a los dados o jugase a la carta más alta si hace una cosa u otra, la delictiva o la que no, tales previsiones serían imposibles y la misma política criminal tendría resultados por completo aleatorios, que la volverían perfectamente inútil³³.

Si, por tanto, se ha de poder prever la reacción social a una medida punitiva, se necesita, en primer lugar, trabajar un modelo ideal de individuo decisor y, en segundo lugar, hace falta que ese modelo no sea puramente ideal en el sentido de constructo acerca de cómo nos gustaría que las personas fueran y decidieran, sino que ha de ser real en el sentido de que refleja el modo como en verdad los sujetos decidimos cuando optamos entre cursos de acción alternativos. La política criminal regida por un designio de

³³ Lo expresa perfectamente Silva Sánchez: “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 desutilidades a quien no incluye el cálculo de estas 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”. Silva Sánchez, Jesús-María, “Eficiencia y derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49, pp. 93-128, 105.

eficiencia preventiva y de costes será tanto más certera cuanto más exactas sean sus previsiones sobre las reacciones de los ciudadanos ante el estímulo penal, y ese grado de acierto dependerá muy esencialmente de lo ajustado a la real psicología de los individuos que sea tal modelo. Ese modelo de decisión individual racional lo tomó el L&E de la economía neoclásica; hasta que tal modelo entró en crisis, como muy pronto recordaremos.

Primero entretengámonos un rato con posibles candidatos para el modelo ideal de sujeto que decide y planteémonos cuál estará más cerca de la dogmática penal a la que estamos aquí acostumbrados.

Uno podría ser el del sujeto perfectamente sumiso. Sería quien reacciona con obediencia al mandato de la autoridad, cumpliendo siempre lo que se le ordena y absteniéndose de obrar del modo por la autoridad prohibido. Bien pensado, este estándar del individuo obediente a la autoridad está en las antípodas del sistema penal, pues si fuera real y pudiéramos usarlo como representativo del común de la humanidad, sería ociosa la previsión de sanciones para el incumplimiento del mandato normativo de hacer o no hacer. Sería suficiente que la ley proveniente de la autoridad reconocida como legítima dijera que no se debe matar o no se debe robar, y ya con eso se acabarían los delitos contra la vida o la propiedad, sin que se dieran conductas antijurídicas que hicieran aplicable el castigo.

Un segundo modelo de sujeto racional ideal es el que podríamos llamar modelo del individuo moralmente virtuoso. Sería aquel que siempre obra en consonancia con el mandato de la norma justa. A ese no es la autoridad por la autoridad lo que le impele a comportarse de uno u otro modo, sino la convicción de que, si una acción es moralmente debida, la conducta debe acomodarse a tal norma justa. Un derecho penal completamente eficaz sería el que contuviera normas justas, ya que tales normas no serían vulneradas por sus destinatarios. Si rige unánimemente la convicción moral de que matar es gravemente inmoral, bastará que el derecho penal vete el homicidio para que no haya homicidios. Pero la objeción que a este modelo se puede hacer es que no hace solamente ociosa la pena, como el modelo anterior del sujeto sumiso, sino que, en el fondo, hace prescindible la norma penal misma, ya que bastarían los acuerdos morales en la

sociedad vigentes para limitar en la práctica las conductas indebidas, sin que se necesite para nada un derecho penal, que resultaría una normativa redundante de esa normativa moral que ya es por sí eficaz en la dirección de tales conductas.

Así pues, no tiene sentido que la teoría penal presuponga como destinatario de las normas penales ni un modelo humano de sujeto sumiso ni uno de sujeto moralmente virtuoso. Entonces, ¿cuál será el que subyace a la dogmática penal al uso? Mi hipótesis es que se trata del sujeto desfalleciente. Se trata de un modelo más complejo que esos dos anteriores y que recoge los caracteres de ambos y alguno más. El sujeto desfalleciente es aquel que junta las siguientes notas definitorias del carácter que basa sus decisiones:

a) Reconoce la autoridad legítima y en sus mandatos ve una buena razón para ordenar sus conductas. En ese sentido, no es un ácrata radical, por ejemplo.

b) Está bien dispuesto para respetar las normas que considera justas, más que las que considera injustas. En la convicción de que son justas las normas halla una razón de mucho peso para atenerse a ellas. Por ejemplo, si piensa que es injusto matar, normalmente no matará, aunque sepa que va a quedar impune su acción porque tiene a su alcance el crimen perfecto.

c) Pero la acción de ese sujeto puede también estar condicionada por factores que limitan el alcance de los dos móviles anteriores, el de la autoridad y el de la justicia. Entre esos factores cabe citar, quizá como los más importantes, los siguientes: el error cognitivo, la debilidad de su voluntad y el desacuerdo, sea este con el contenido de la norma, sea con la legitimidad de la autoridad.

- En el error incurriría quien no es capaz de ver o asimilar o bien el fundamento de legitimidad de la autoridad, o bien el fundamento de validez de la norma penal como norma justa. La deficiente formación o las escasas luces del sujeto penal lo llevan a elegir la vía del delito, pues no lo motivan suficientemente esos dos estímulos de naturaleza intelectual, el valor de la autoridad y el valor moral de la norma misma. El límite de su responsabilidad está en la culpabilidad, en su capacidad para ser culpable. No es la

suya una incapacidad intelectual, sino un defecto cognitivo superable, pero no superado.

- La debilidad de carácter es un defecto volitivo. Aunque reconozcamos que la razón está de parte de la autoridad y/o de la norma, sucumbimos a la tentación, ya que no somos lo bastante fuertes como para sobreponernos a ella. Sabemos que está muy mal apropiarse de lo ajeno y que tiene toda razón de ser el mandato de la autoridad legítima que lo prohíbe y lo castiga, pero nos quedamos con esa cartera que se le acaba de caer al que va delante y puesto que creemos que nadie nos ha visto cogerla.

- El desacuerdo, sea con la autoridad legisladora y porque la tenemos por ilegítima, sea con el contenido de la norma porque la estimamos muy injusta, nos puede impulsar a veces a la desobediencia, una obediencia que personalmente somos capaces de fundamentar como política y moralmente justificada y no como fruto de nuestra debilidad de carácter, sino, al contrario, como resultado de la fuerza de nuestras convicciones. Si este tipo de comportamiento está punido en nuestras sociedades, es precisamente por causa del reconocimiento constitucional del pluralismo político y moral, que hace que no haya una única moral oficial y debida, sino legítima diversidad de creencias políticas y morales. Siendo esto así, estaría abocado al fracaso un sistema penal que no castigara determinados incumplimientos normativos (apropiarse de determinados bienes, no pagar impuestos, ciertas prácticas sexuales, determinados ejercicios de autoridad en el seno de la pareja o la familia...) cuando estuvieran avalados por creencias muy arraigadas en el sujeto o en un grupo específico de la colectividad estatal.

Si me parece que ese modelo del individuo desfalleciente es el más adecuado como presupuesto de la teoría penal vigente en nuestro ámbito es porque da sentido a la orientación preventiva de la misma e, incluso, a su enfoque antirretribucionista. Al infractor no se le pena por ser malo ni propiamente porque lo merezca, pues, según como se mire, a lo mejor ni lo merece moralmente del todo, como se aprecia en el caso del que delinque por desacuerdo; esa, la retribución de la maldad moral como atributo del sujeto o su acción no sería, para la penalística dominante, la función del derecho penal.

Por otra parte, y, sobre todo, nuestra dogmática fundamenta la pena en su función preventiva. En cuanto prevención positiva, la norma penal y su respectiva pena aleccionan al individuo y al grupo al recordarles qué es lo debido al que no sabe bastante o al que tiene una voluntad débil. Y con el que está en desacuerdo opera la prevención negativa, pues se le hace ver que la sanción penal se aplica también a esa conducta que a él le parece justa y que es opuesta a la norma común, por lo que no le exonera, en lo penal, la justificación moral que él para su proceder halla.

Pero, si ese puede ser el modelo de sujeto que nuestra teoría penal presupone, toca que nos preguntemos si tiene alguna utilidad como modelo sobre el que basar previsiones de eficacia o eficiencia de la norma penal. Mi opinión es que funciona más como postulado que como dato capaz de fundar previsiones empíricas. Quiero decir que ese modelo antropológico o de sujeto penal es el que da cierta congruencia teórica a esta dogmática penal, pero que es acogido por la misma precisamente porque permite esa congruencia en un plano puramente teórico o ideal, no porque con base en él se quiera y se pueda hacer previsiones sobre eficacia preventiva real (positiva o negativa) de cualquier norma penal o de un sistema penal en su conjunto. Al penalista al que estamos habituados tales previsiones empíricas le interesan bastante poco, y por eso no se ha esmerado gran cosa nuestra ciencia penal en desarrollar un modelo ajustado y útil de sujeto penal que elige entre cursos de acción alternativos, de los cuales uno es el que corresponde a la acción delictiva. Le basta al penalista al uso con pensar que el cumplimiento de la norma es la regla, porque el común de los ciudadanos es moralmente virtuoso y, además, reconocen los ciudadanos el buen fundamento de los mandatos legales en la legitimidad del legislador, y que la infracción es la excepción, excepción debida a alguno de aquellos defectos cognitivos o volitivos o a razones ideológicas. Frente a esos motivos excepcionales como detonante o impulso de la acción delictiva, la pena (como mera amenaza ya, y más al ser aplicada) cumple su función preventiva y por regla general la cumplirá tanto más cuanto más afflictiva sea, ya que será tanto más aleccionadora (prevención positiva) o negativamente disuasoria (prevención negativa) cuanto más dura resulte.

V. ¿ES IRRACIONAL E IMPREVISIBLE EL *HOMO POENALIS*?
LA REVOLUCIÓN DEL *LAW AND ECONOMICS* CONDUCTUAL

Nuestro modelo estándar o usual de dogmática o teoría penal presupone un fundamento de eficacia, utilitarista o preventivo de la pena, pero está escasamente interesado en cálculos y previsiones de la eficacia preventiva real del castigo penal, ya que, en su fondo y aunque rechace el retribucionismo porque lo asocia con bajos instintos individuales y colectivos, está impregnado de moralismo y da por sentados ciertos presupuestos de justicia retributiva, como mandato de hacer lo debido y merecido con el delincuente y, también y en lo posible, con la víctima.

Por su lado, el primer L&E no legitima o justifica las penas en un postulado teórico de eficiencia, sino en su eficiencia real, entendida esta en términos de costes y entendiendo tal noción en sentido monetario, pero no solo monetario, ya que se incluyen también ciertos costes o ganancias intangibles, como lo que sufre el preso por la falta de libertad o el daño moral de la víctima de una calumnia o de una injuria, o el placer, diverso, que obtiene el autor de la consumación de un delito sexual o de un delito contra el honor.

Sobre esa base, en su primera época, el *Criminal Law and Economics* tomó como base de la posible previsión de eficiencia del sistema penal aquel modelo de sujeto racional de la economía neoclásica. Ese sujeto, como ya hemos visto, decide sus acciones a partir de un cálculo de costes y ganancias y se guía siempre por la maximización de su utilidad individual; es decir, escoge la alternativa de la que, según sus cuentas, tanto más fiables cuanto más sea la información cierta que posea, le reportará un mejor balance. Si, por ejemplo, el sujeto concluye, analizado todo, que la acción legal le producirá una ganancia de 3 y la acción ilegal le ocasionará una ganancia de 5, se inclinará por esta última. La pena es siempre pérdida contrapuesta al beneficio del ilícito, y esa pérdida ya hemos visto que se calcula antes que nada multiplicando lo que la pena resta por la probabilidad de su imposición.

Por supuesto, ese sujeto racional ideal que persigue la maximización de su utilidad individual resulta en sus decisiones perfectamente previsible cuando tiene y sabemos que tiene toda la información relevante y que, en consecuencia, incluye en su cálculo cosas tales como costes de oportunidad. Así que, bajo condiciones ideales, las decisiones de ese sujeto modelo resultan muy previsibles. Si robarle 1.000 euros a un vecino tiene una pena de 2.000 euros y si la probabilidad de ser descubierto, procesado y condenado es del 30%, tenemos que la pérdida que se sopesa es de 600³⁴, con lo que del delito queda un beneficio de 400 y no tendrá efecto disuasorio la norma penal que dispone tal pena para ese robo³⁵.

El paso de la penalística tradicional (de estirpe europea, fundamentalmente) al análisis económico del derecho penal significó la transición de un modelo teóricamente preventivo, pero sin base en un modelo de sujeto racional que permitiera el cálculo de eficiencia de las normas penales, a una teoría penal que pone en el primer plano de sus elaboraciones tal modelo de decisión y de decisor racionales. Pero al cabo de pocas décadas, y dentro del propio movimiento del L&E, aconteció una sorpresa mayúscula que revolucionó tal teoría: ese sujeto racional presupuesto y tan exquisitamente elaborado, resultó, al parecer, completamente irreal. Y acabó apareciendo como irreal por detalles que descubrieron los psicólogos cognitivos más prestigiosos del mundo y que..., ya sabían nuestras abuelas y estaban de siempre reflejados en el refranero y los dichos populares.

El ataque desde dentro, por así decir, provino de una serie de experimentos psicológicos³⁶ que mostraron que los humanos de carne y hueso

³⁴ $2.000 \times 0.3 = 600$.

³⁵ Estoy trabajando con un modelo extraordinariamente simplificado, casi caricaturesco, ya que solamente he tomado en cuenta el coste que supone la amenaza real de pena de esa pena pecuniaria, amenaza real proveniente de multiplicar la pena legalmente prevista por la probabilidad de su imposición efectiva. Pero puede y suele haber más costes que habría que incluir en ese cálculo, como, entre otros, el coste de la estigmatización social (cuando la hay) por ser condenado como ladrón.

³⁶ Hay dos libros deliciosos y extraordinariamente entretenidos que relatan la génesis de esos experimentos y la personalidad y las reacciones de algunos de sus más importantes autores. Son el de Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. de Chamorro Mielke Joaquín, Madrid, Debate, 2012, (el original en inglés, *Thinking, Fast and Slow*, es de 2011), y el de H. Thaler, Richard, *Misbehaving. The Making*

no se comportan con la debida frecuencia como se espera de ese individuo racional que es el *homo oeconomicus*. Pues, por resumir, los sujetos reales ni son tan fríos y cerebrales como él en su manejo de la información y en sus cálculos, debido a que están sometidos a una gran variedad de sesgos cognitivos, ni son tan egoístas o meramente autointeresados y maximizadores de la utilidad individual, ya que bastante a menudo se guían por consideraciones o bien de altruismo o bien de sentido de la justicia o *fairness*, que los hacen no optar por la opción más beneficiosa, o al menos no por la económicamente más beneficiosa.

Sobre la influencia de los sesgos cognitivos se citan de continuo una serie de experimentos que indican que ciertas condiciones de nuestro modo de asimilar y recordar la información hacen que los efectos de algunos estímulos sobre nuestras decisiones no sean los esperados. Así, parece demostrado que cuando vivimos una experiencia de cierto tiempo no recordamos por igual todo lo que en ese tiempo nos sucedió, sino que recordamos con más intensidad o predominantemente los momentos primeros y finales, y esa es la impresión principal que nos queda. Si, por ejemplo, hacemos un viaje de veinte días en vacaciones de verano y tenemos un tiempo magnífico durante todo ese periodo, salvo los dos últimos días, en los que llueve sin parar, nos quedará la sensación de que hemos padecido en ese viaje muy mala suerte y ha habido un clima malo; mucho más que si hubiera llovido cuatro días a la mitad de ese viaje y los días de después hubiera lucido el sol. Y no digamos si, tras dieciocho días perfectos y lluvia en los dos del final, luego el avión de vuelta se retrasa cinco horas. Nos parecerá en el futuro que han sido unas vacaciones horribles. Si esos resultados experimentales no engañan, para que la pena de cárcel tenga efectos disuasorios sobre el que ya la vivió, a efectos de que no reincida en el delito, importará más lo que haya sentido al entrar de la cárcel y en sus momentos finales en ella que la duración misma de tal pena. Con eso se estaría cuestionando el viejo dogma de que una pena privativa de libertad disuade tanto más cuanto más larga es.

Otro descubrimiento muy sonado es el de que los seres humanos tendemos a mantener constantes nuestros niveles de felicidad o de sensación de bienestar, a base de acomodar tales sensaciones a los cambios en nuestra suerte y nuestras circunstancias. Sobre el papel, se pensaría que una persona que tiene un grave accidente y queda para siempre en silla de ruedas va a ser muy desdichada durante toda esa vida restante, y mucho menos feliz de lo que antes era; de igual forma, creemos que si a alguien le toca un gran premio en la lotería y se vuelve millonario ya va a estar mucho más contento y feliz en adelante. Pero la experimentación muestra que no es así y que en cada persona la felicidad tiende a equilibrarse siempre, al cabo de un poco de tiempo, en un punto personal de cada uno. Es decir, que ese que ha tenido el accidente al cabo de un año ya se siente muy parecidamente a como se sentía antes, y, del mismo modo pasa con el afortunado en la lotería³⁷.

En cuanto al sentido de la justicia como móvil de las decisiones, se han hecho también pruebas muy interesantes. El modelo neoclásico de decisión racional nos decía que tendemos prácticamente siempre a elegir la alternativa de acción que más nos favorece, según el balance de costes y beneficios, y más claramente aun si ese balance es dinerario o fácilmente traducible a términos monetarios. Pero algunos experimentos capitales dan testimonio de que eso no es ni mucho menos así y que cierto sentido de lo que es equitativo o moralmente abusivo influye mucho en nuestras decisiones, hasta en las más palmariamente económicas.

Pensemos en el famoso ejemplo del “juego del ultimátum”³⁸. Se forman dos grupos de personas elegidas aleatoriamente. Se juntan en parejas separadas y dentro de cada pareja a uno se le nombra proponente y al otro

³⁷ A lo mejor algo de eso se expresaba ya en la sabiduría popular, con dichos como que no hay mal que cien años dure o que el dinero no da la felicidad.

³⁸ Lo contaré haciendo una adaptación del caso que, entre muchos otros, narra H. Thaler, Richard, *op. cit.*, pp. 140. Cuenta Thaler que ese experimento lo realizaron Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch y él mismo en los años ochenta, pero luego descubrieron que uno igual y con los mismos resultados había llevado a cabo un equipo dirigido por el economista alemán Werner Güth, y que fue ese equipo alemán el que le puso ese nombre que perdura, el de “juego del ultimátum”. H. Thaler, Richard, *op. cit.*, p. 141.

respondente. Las condiciones del juego son las siguientes. Al proponente se le dan 100 euros y el respondente sabe que los ha recibido para hacer ese juego con él. De esos 100 euros, cada proponente puede ofrecerle a su respondente la cantidad que esté dispuesto a compartir con él. El respondente puede aceptarle o no esa cantidad. Pero cada uno, proponente y respondente, no tiene más que una oportunidad; es decir, el proponente podrá hacer una única oferta y el respondente podrá aceptarla o rechazarla, pero no regatear ni hacer propuestas alternativas. Eso sí, si el respondente acepta esa única oferta del proponente, cada uno se queda en propiedad y para siempre con su cantidad correspondiente: el respondente con lo que aceptó recibir y el proponente con lo que resta después de descontar lo que ofreció al otro y el otro tomó.

La pregunta es: ¿cuánto ofrecería y cuánto aceptaría el *homo oeconomicus* de la teoría económica neoclásica que había asumido el L&E como modelo de decisor racional? Thaler nos explica cuál sería el resultado indudablemente esperable: “si usamos la asunción económica estándar de que la gente es egoísta y racional, la teoría de juegos produce una predicción clara para este juego. El proponente ofrecerá la cantidad más baja posible (cincuenta céntimos en nuestra versión) y el respondente aceptará, cincuenta céntimos es más que nada”³⁹. Pero los resultados no confirmaron esa hipótesis, sino la de los autores del experimento: que uno de los móviles de los sujetos es el sentido de la justicia o equidad y que asumen el fuerte riesgo de perder si la oferta que se les hace les parece inicua, con lo que prefieren esos respondentes sancionar así a los ofertantes egoístas y hacer que pierdan ellos también todo, aunque sea a costa de quedarse igualmente sin nada ellos mismos, los respondentes. Según explica Thaler, los resultados acreditan una fuerte propensión de los respondentes a rechazar toda oferta por debajo del 20% de la cantidad en juego.

Si los móviles de equidad influyen también determinadamente en nuestras decisiones económicas, eso nos puede explicar, por ejemplo, que haya muchos que no estén dispuestos a comprarse las zapatillas de deporte

³⁹ *Idem.*

más baratas del mercado si saben que son hechas por niños semiesclavos, aunque necesiten adquirir unas zapatillas de deporte y tengan que pagar por cualesquiera otras un precio mayor. O también podemos entender que no todo el mundo, ni mucho menos, se quede con el dinero de más que le da el taxista o el camarero que se equivocó al entregarle la vuelta, aunque eso sería lo propio del *homo oeconomicus* que va nada más que a lo suyo, a maximizar su utilidad individual.

¿Y eso en qué afectará al derecho penal y a los cálculos sobre su eficiencia? Si la inmensa mayoría de los ciudadanos somos del estilo de ese *homo economicus* de la economía neoclásica y del primer L&E, los cálculos de política criminal que deben dar lugar a una normativa penal bien eficiente podrán dar por sentado que:

- a) Todo delincuente potencial, todo sujeto que valora si realiza o no la conducta delictiva, se guiará nada más que por la comparación entre el beneficio esperable y el perjuicio temible⁴⁰. Si el balance es favorable al delito, delinquirá.
- b) Cualquier ciudadano que se sienta individual o colectivamente perjudicado por un delito real o potencial estará a favor de la pena más alta para el mismo, ya que, en principio, esa pena para él no tendrá coste alguno o lo tendrá nimio⁴¹ y, sin embargo, los efectos disuasorios para los posibles delincuentes serán mayores cuanto mayores esos costes en pena a la que se exponen.

Tengo la firme convicción de que no hace falta ser un psicólogo y economista norteamericano para saber que no es así como sentimos y decidimos. Si a cien mil españoles se nos preguntara de un día para otro⁴² si estamos de acuerdo con que a todo el que robe un teléfono móvil o el equipo

⁴⁰ Valorando también, obviamente, los costes de oportunidad. Un individuo sabe que puede dedicar los próximos meses a acabar de prepararse para conseguir un trabajo que le reportará una ganancia determinada, o para realizar un atraco del que espera con fundamento un fruto muy alto y por el que calcula con buena información que es mínimo el riesgo de que lo atrapen y lo condenen

⁴¹ Lo que resulte de repartir entre todos los ciudadanos el coste de, por ejemplo, subir por cierto delito la pena de cinco años a cadena perpetua.

⁴² Quiero decir sin largas campañas previas de manipulación en algunos medios de comunicación o por ciertos individuos con intereses torticeros.

de sonido de un coche se le imponga una pena de treinta años de cárcel, responderíamos casi unánimemente que no. Igual que sería negativa la contestación si la cuestión versara sobre si nos animaríamos a violar a una persona a la que deseamos mucho, en caso de que fuera total y absoluta la garantía de que no seríamos castigados.

Lo que la llamada “economía conductual” vino a aportar con sus experimentos a la teoría económica fue la base empírica para la crisis del *homo oeconomicus* neoclásico. Y en cuanto que la suya era el modelo de decisión racional que daba por sentado la primera hornada del L&E, también a este movimiento afectó, constituyéndose entonces una variante muy potente, el llamado “*Behavioural Law and Economics*” o análisis económico conductista del derecho, si así se puede traducir del modo más comprensible y menos malsonante. ¿Ha sido un cambio revolucionario que acaba con el modelo anterior de L&E o dará pie nada más que a una readaptación de unas pocas tesis y a la mayor complejidad de fórmulas que antes parecían más sencillas?

Esas dos tesis contrapuestas, la revolucionaria y la integradora, se enfrentan con fuerza en la doctrina durante las tres últimas décadas. No me detendré aquí en los argumentos de unos y otros, sino que haré nada más que un par de consideraciones, para avanzar al fin hacia el punto final de este trabajo.

VI. ¿QUÉ TIPO DE COSTES Y QUÉ BENEFICIOS?

En mi modesta opinión, lo que la economía conductual destierra para siempre de las ciencias económicas y sociales es la idea de que nuestra racionalidad “normal” y plenamente habitual, como humanos que somos, atiende solo o de modo muy preferente al balance económico, dinerario, monetario, de nuestras alternativas de acción. Sobre nuestras decisiones pesan con fuerza las razones económicas, y razones económicas pueden ser las que nos lleven a preferir un trabajo mejor pagado a uno peor pagado, entre dos que nos satisfagan aproximadamente igual, o a preferir comprar una casa que cueste menos en lugar de una que cueste más, si la elección se

da entre dos que nos resultan básicamente equiparables a otros efectos que nos importen. Pero también parece bien obvio que no siempre (más bien pocas veces) decidimos casarnos con la persona más rica de las candidatas a ser nuestro cónyuge, igual que muchas veces preferimos la casa que nos cuesta más si desde ella se divisa un mejor paisaje, o el trabajo con sueldo más bajo si es el que nos permite sentirnos personalmente más realizados. Para el viaje hacia esos descubrimientos no hacían falta alforjas, francamente.

Pero seamos justos y apliquemos esa “natural” *fairness* también en esto. Ya hace rato hemos recordado que apenas ha habido autores del L&E que hayan tratado de reducir todos los costes a términos de dinero o de lo que cualquier cosa cuesta o de lo que uno estaría dispuesto a pagar por ella, y ya hemos dicho también que el entramado de estímulos o condicionantes que permiten, hipotéticamente, prever las decisiones de las personas abarcan los económicos, pero también otros que llamamos intangibles. Por eso antes hemos llamado V a la teórica unidad de medida que se aplica al decidir.

Creo que no es incompatible con el L&E entender que de V, de esa medida, forma parte todo aquello que los humanos de modo general valoramos positiva y negativamente en nuestras vidas. Serán poquísimos ciertamente, los que, preguntados sobre si prefieren recibir más dinero o menos dinero, responderán con sinceridad que menos dinero, y que cuanto menos mejor⁴³. Pero es probable que sean mayoría los que, interrogados acerca de si quieren recibir sin riesgo alguno ni ahora ni luego y sin con-

⁴³ Entre otras cosas, porque si uno no lo quiere para sí, siempre puede regalarlo a quien le parezca que lo merece o lo necesita más. Que usted no quiera ser rico no implica que no desee que, sin injusticia y por ejemplo como resultado de un sorteo, le regalen un millón de euros, pues con ellos podrá hacer felices a unas cuantas personas muy necesitadas, podrá pagarle una carrera a ese joven pariente suyo que ni tiene medios para estudiar, etc., etc. Es como si, a igualdad de justicia entre dos estados, alguien dijera que prefiere vivir en un estado más pobre que en uno más rico. Esa preferencia choca con el sentido común o la más elemental racionalidad. A lo mejor, un día acabamos descubriendo que son unos egoístas feroces muchos de los que a gritos proclaman que por nada del mundo querrian ser ricos; cosa que un servidor hace tiempo ya que sospecha de más de cuatro anticapitalistas gorditos que ni a tiros invitan a un café a sus colegas o amigos.

traprestación por su parte, una gran cantidad de dinero procedente de un atraco muy violento y con muertos, dirán que para nada. ¿Es todo eso porque, incongruentemente, unas veces apreciamos el dinero y otras veces lo despreciamos? No, es porque el dinero no es el único incentivo que mueve nuestra conducta, sino que compite con otros y de muy diversa naturaleza. En más de cuatro oportunidades muchos preferirán salir económicamente perjudicados con tal de que su acción sea favorable al amor, la compasión, el sentido de la equidad, y sentimientos e impulsos semejantes; o también, por qué no, el odio, la envidia, la soberbia, la vanidad u otros de ese jaez. Quién no está dispuesto a llegar hasta la seria inmoralidad con tal de acabar teniendo un coche mejor que el de ese cuñado que pasa el suyo ante nuestras narices siempre que puede. Aunque suene tautológico, podemos decir que para nuestras decisiones sobre el modo de conducirnos son estímulos positivos aquellos que nos favorecen y son estímulos negativos aquellos que nos perjudican, y que esos estímulos favorables o desfavorables lo son por referencia a los patrones valorativos sobre los que construimos nuestras vidas. La riqueza, el dinero, es uno de ellos. El sentido de la justicia, que permite a cada uno que vive según su sentido de la justicia sentirse mejor, el orgullo por superar ciertas metas personales o por alcanzar metas más altas que los que tengamos por competidores, etc., etc., forman parte de esos patrones determinantes de nuestro decidir. Por eso, si el derecho penal volvemos, no podemos tildar como radicalmente irracional ni como completamente sorprendente, por imprevisible, la decisión del que opta por la conducta punible como última carta para mantener su autoestima y aunque sea muy dura la pena y altísima la probabilidad de la condena; ni la de quien elige el acatamiento de la ley aunque estuviera en juego salir de una vida de miseria al precio de un escasísimo riesgo de castigo elevado.

Para colmo, otro elemento que la psicología ha aportado decisivamente en los últimos tiempos ha sido la constatación de que, frente a cualquier tipo de riesgo, no hay un único tipo de sujeto racional, sino tres clases de personas guiadas por temperamentos diversos en ese punto. Habría seres humanos amantes del riesgo, indiferentes al riesgo y con aversión al riesgo. Ante la opción entre alternativas más o menos arriesgadas, el que tiene

aversión al riesgo tiene una marcada propensión a inclinarse por la menos arriesgada, el indiferente al riesgo no estará influido por ese factor de las acciones que sopesa y el amante del riesgo propenderá a escoger lo más aventurado. A lo mejor por eso hay quien ama el alpinismo y quien por nada del mundo se arriesgaría a escalar una montaña peligrosa, aunque esté dotado para ello, o quizá ahí está la razón de que unos inviertan en bolsa y otros, con idéntico capital, elijan inversiones mucho más seguras y de resultados previsibles; o puede que por esas razones caracteriológicas se divorcien unos y vuelva a intentarlo, mientras que otros resisten hasta la extenuación lo malo conocido.

Este asunto del grado de inclinación al riesgo afecta también a los fundamentos del análisis económico del derecho penal, evidentemente. Pues la pena, como riesgo que acarrea la acción delictiva sobre la que se decide, disuadirá más al averso al riesgo, no influirá grandemente en el indiferente al riesgo y servirá de acicate para que delinca el amante del riesgo. O pensemos sencillamente en el riesgo de que la policía consiga identificar y capturar al atracador. Lo que para el reacio al riesgo es motivo disuasorio, de manera que será más probable que se abstenga de perpetrar el atraco cuanto mayor sea aquel riesgo, para el que con el riesgo se excita puede ser un estímulo, un reto que lo impela a probar suerte, buscando el placer de salir vencedor de su empeño.

Si los comportamientos humanos son, en general, imprevisibles, debido a la enorme cantidad de variables que influyen en la decisión sobre las propias acciones de cada cual, el L&E pierde pie y carecerá de cualquier utilidad posible como patrón de la política criminal. Por mucho que dijéramos que la eficiencia es un loable objetivo de tal política, si es completamente imposible prever comportamientos futuros de los ciudadanos, en función de las respuestas esperables a los incentivos penales, el método y las lucubraciones del L&E no servirían absolutamente para nada. Decir, entonces, que el derecho penal debe ser eficiente sería tan vano y gratuito como decir que debe ser pluscuamperfecto, sostenible o reconfortante, palabrería vacía y concesión a las modas expresivas.

Eppur si muove. Las más de las veces nuestras conductas son previsibles, aunque puedan tener puntuales excepciones. Porque son previsibles y porque es posible influir sobre ellas, por ejemplo, en materia de consumo, existe la publicidad y se cultiva una disciplina como el márketing. Parecidamente, cualquiera de nosotros es capaz de predecir con escaso margen de error las decisiones futuras de nuestros conocidos, a condición de contar con información suficiente y verdadera sobre ellos y sus circunstancias. Y si a mí me preguntan si va a haber menos conductores que en las ciudades aparquen en doble fila donde está prohibido y desde que la multa por eso haya aumentado de 50 a 200 euros y sabiéndose además que se ha ordenado a la policía local que se esfuerce especialmente en sancionar esos ilícitos, contestaré que naturalmente que habrá menos infracciones; y acertaré⁴⁴. No nos equivocamos tanto, aunque alguna vez fallemos.

Opino que no es descaminado combinar estas dos afirmaciones. Una, que el modelo anterior, el del *homo oeconomicus* de la economía neoclásica y del primer L&E, es escasamente certero, pues se corresponde bastante poco con la realidad del sujeto de carne y hueso que decide qué hacer y si incurrir o no en la conducta penada, razón por la que, como guía de la política criminal puede inducir al error o a la desmesura⁴⁵. La otra, que, pese a todo, tiene mucho sentido el planteamiento de fondo de un L&E enriquecido con las aportaciones de la economía conductual y orientado por tanto a construir modelos más realistas de decisión racional, modelos más reales del sujeto estándar que en la vida social que conocemos toma decisiones sobre sus alternativas de conducta.

Ciertamente, si aquel modelo del *homo oeconomicus* que nada más que piensa en beneficios y perjuicios computables en riqueza fuera real y no tan ajeno a las personas de carne y hueso con las que tratamos, la capacidad

⁴⁴ A condición, claro, de que la información sobre otros posibles factores determinantes no me falte. Si la pregunta versa sobre tales comportamientos en una ciudad en la que el salario mínimo fuera de veinte mil euros mensuales, la cosa cambiaría y sería de prever que la modificación en la tasa de tales infracciones fuera nimia o nula.

⁴⁵ Mismamente, por prever que, a igual probabilidad de condena, una pena más alta disuade siempre más que una pena más baja.

predictiva sería altísima, dado que son muy manejables las variables de aquella ecuación básica, dos variables solamente: intensidad de la pena y probabilidad de su aplicación. Pero es escasamente realista ese modelo, debido a que ya se va sabiendo con certeza en la teoría lo que sabía el pueblo antes de estudiar gran cosa: que son un buen puñado más las variables que influyen, por lo que las cosas y los cálculos no son tan sencillos.

Ahora bien, eso no incapacita o descarta por inútil el método que el L&E trae al derecho penal y la política criminal. Lo que indica es que hay que escapar de simplificaciones y automatismos y que se deben construir las políticas criminales sobre fórmulas más complejas, fórmulas que recojan más variables de las que fácticamente operan⁴⁶, dada nuestra psicología individual y dadas las influencias sociales a las que nuestras elecciones están sometidas⁴⁷. Parecerá complicado, y sin duda lo es. Pero si es posible hacer previsiones moderadamente acertadas sobre cosas tales como voto, comportamientos de los consumidores, tasas de accidentes resultantes de algunas reformas de la normativa viaria, etc., ¿por qué va a ser el derecho penal ajeno a esas previsiones o reacio ante una política criminal que las atienda muy preferentemente?

⁴⁶ Dice Nuno Garoupa que “behavioral analysis is not an alternative approach, but rather is about providing classical law and economics with insights from actual human behavior, improving the quality of predictions or prescriptions about law. One of the objections to rational choice is that it yields inaccurate predictions. But it does not follow that people’s behavior is random, unpredictable or rule-free. On the contrary, the behavioral approach aims at qualifying such choices by understanding behavior and decisión”. Garoupa, Nuno, “Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review”, en *European Journal of Law and Economics*, 2003, 15, pp. 5-15, 6.

⁴⁷ Un ejemplo bien claro y casi trivial de esto: allí donde una conducta esté muy arraigada y socialmente no esté mal vista, servirá de poco, a efectos preventivos, penarla, incluso con penas altas. Podemos pensar aquí en algunos delitos ideológicos o con motivación religiosa, pero a mí me gusta más citar el caso de la corrupción en nuestros países latinos, países en los que todo el mundo pide una recomendación de tapadillo en cuanto puede y donde se considera propio de desalmados el no dar trato de favor en la Administración pública a parientes, amigos, amantes y correligionarios.

VII. CONCLUSIÓN: MEJOR CON LAS APORTACIONES DEL L&E AL DERECHO PENAL QUE SIN ELLAS

Vuelvo a lo del principio. Una penalística descarnadamente retribucionista y que considere que lo que constituye la única razón a la pena es darles a los malvados su merecido, aunque se acabe el mundo, puede oponerse de cabo a rabo al *Criminal Law and Economics*. Cuando se trata de que el bien moral campe por sus respetos, de que reine universalmente la virtud y de que las supremas inmoralidades sean sancionadas, al precio que sea; cuando ni pizca de utilitarismo se admite, o de consideraciones de conveniencia colectiva vinculada a la felicidad, el bienestar y el disfrute por los ciudadanos de los bienes que más aprecian, parecerán, con razón, descarriadas y pecaminosas las propuestas del L&E.

Pero donde los penalistas no sean así de brutalmente retribucionistas, sino que en todo o en parte pongan la justificación de la pena en sus efectos preventivos, que son efectos de disuasión de daños para determinados bienes y de promoción del respeto hacia esos mismos bienes, esos penalistas no deberían echar a la hoguera, “dogmáticamente”, las sugerencias y los métodos del L&E. Porque, a fin de cuentas, lo que el L&E propone es que los penalistas y los legisladores penales tomen de una vez en serio la eficiencia. La eficiencia económica, sí, que no tiene por qué ser desdeñable si de derecho penal hablamos y en un contexto estatal de medios económicos siempre limitados y sobre cuyo uso preferente hay también que adoptar resoluciones políticas; y la eficiencia a la hora de maximizar también el disfrute individual y colectivo de bienes por cuya protección el derecho penal se justifica. Si la vida o la integridad física son de esos bienes fundamentalísimos y si por tal motivo el derecho penal tiene fundamento racional, como herramienta para ampararlos lo más posible, ¿dónde está el pecado de afirmar que, a protección igual, debe primar el mecanismo normativo menos costoso, o que debe la política criminal manejar los instrumentos que (dentro del respeto precisamente a esos bienes, garantizados por los derechos fundamentales que vedan ciertos recursos punitivos e imponen determinadas garantías procesales) maximicen esa protección, que sean preventivamente más eficientes?

Sabido es que la fuente primera del prejuicio está en el nombre. Oye el bienintencionado y muy progresista penalista hablar de “análisis económico” del derecho penal y se le viene la urticaria ideológica, al suponer que se trata nada más que de hacer que impere el capitalismo salvaje y el puro beneficio privado en materia socialmente tan sensible; o que estamos ante un movimiento que busca nada más que objetivos tales como privatizar la administración de Justicia o el sistema de prisiones, y todo con el inconfesado fin de favorecer a algunos empresarios amigos de esos profesores gringos y seguro que neoliberales a más no poder. Pero eso es un prejuicio, no tan diferente estructuralmente del que impide a muchos liberales leer seriamente a Marx, a muchos católicos leer seriamente a Freud (o a Nietzsche, o a Marx) y a cualquier dogmático (aquí uso la expresión en su sentido peyorativo) batirse con la lectura de algún autor que le socave las presunciones intelectualmente tan acrílicas como vitalmente reconfortantes.

Si ese penalista partidario de la función preventiva de la pena prescinde del L&E porque maneja con soltura otras doctrinas provenientes de las ciencias sociales que ilustren sobre la realidad y las condiciones empíricas de cumplimiento de esa función, santo y bueno. Ahí el buen debate será sobre los métodos más útiles y los mejores resultados. Si no maneja ninguna, estaremos ante un dogmático dogmático, seguramente un artista de los conceptos, pero muy poco capacitado para influir sobre la realidad social de los delitos y de las penas, tal vez porque esa realidad es lo que menos le interesa de todo.

Creo, además, que no solo no hay incompatibilidades de principio, sino que del L&E se derivan también utilidades muy claras. Menciono nada más que una, de las muchas que se podrían traer a colación.

El L&E nos insiste en que las decisiones de los sujetos derivan de un cálculo de utilidad de las alternativas y que ese cálculo está condicionado por la información de que el individuo disponga. Investigaciones empíricas de criminólogos y representantes del L&E acreditan que suelen ser pocos los ciudadanos que tienen información precisa sobre si están penadas o no algunas conductas o sobre la cuantía de la pena de cualquier delito. Adicionalmente, uno de los hallazgos que aportan los nuevos experimentos de la “behavioral economics” es que sobre las decisiones y el modo de obrar

ejercen una influencia mucho mayor las informaciones impactantes y recientes que lleguen al sujeto. Así, serán menos los que se decidirán a conducir su coche a una velocidad demasiado alta si ayer les llegó la noticia de un tremendo accidente mortal por exceso de velocidad, o serán más los que se lo piensen antes de incurrir en cohecho o apropiación indebida si es reciente la información sobre algunas condenas ejemplares por esos delitos.

Sumado todo eso, bien sencillo en el fondo⁴⁸, ¿no son esas aportaciones dignas de consideración y que deberían llevarnos a pensar que el penalista o teórico en general que esté por la prevención penal debería quizá escribir menos manuales y monografías para colegas dogmáticos obsesivos y dedicar más esfuerzo a la buena pedagogía penal para la sociedad, o que habría de esforzarse por hacerse más presente en los medios de comunicación de masas? ¿Cómo es posible que, publicándose miles y miles de páginas cada año sobre dogmática penal, criminología (crítica o de la otra, si es que hay), etc., siga la inmensa mayoría de la población sin saber cuál puede ser la pena si mata al amante de su pareja, si le roba a su suegra lo que hay en su caja fuerte, después de forzarla (la caja fuerte) o si llena el barrio de panfletos diciendo que su cuñado es un perfecto cretino? ¿Qué efecto preventivo va a tener una norma penal que la gente no sabe que existe, o la tipificación de un delito cuyo precio en pena todos desconocemos?

¿Y qué me dicen de lo útil que serían los métodos del análisis económico del derecho para echar cuentas de cuál podría ser la pena disuasoria de algunos muy rentables delitos de cuello blanco o, en su caso, de qué medidas adicionales deberían ir acompañadas las condenas para que fueran de verdad disuasorios esos tipos penales? ¿Se imagina el amable lector lo simpático que sería aplicar los cálculos preventivos del *Law and Economics* para decidir cómo habrían de ser las penas disuasorias de los delitos de corrupción? Porque, a la postre y como (casi) siempre, ¿a quién le hacemos realmente el juego cuando nos ponemos ideológicamente tan exquisitos y doctrinalmente tan ortodoxos?

⁴⁸ Porque, como se dice popularmente, el miedo guarda viña.

Entre una dogmática penal complementada con el L&E y/o con las contribuciones de la criminología y de otras ciencias sociales y una dogmática penal ajena a todas ellas, no sé cuál alcanzará logros teóricos y sistemáticos más altos, pero sí estoy seguro de cuál será más útil si de lo que con el derecho penal se trata es de prevenir ciertas conductas gravemente dañosas para los ciudadanos y la colectividad. No me cabe ninguna duda al respecto. Igual que, aunque no sea el tema de este artículo, tampoco dudo de que es, a esos efectos, igual de poco útil cualquier ciencia penal que no vaya de la mano de una excelente dogmática. Va siendo tiempo de que pongamos en serio manos a la obra con la interdisciplinariedad y nos dejemos de zarandajas, cotos y acreditaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- GAROUPA, Nuno, “Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review”, en *European Journal of Law and Economics*, 2003.
- H. THALER, Richard, *Misbehaving The Making of Behavioral Economics*, New York, W.W. Norton & Company, 2015.
- KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. de Chamorro Mielke, Joaquín, Madrid, Debate, 2012.
- MATHIS, Klaus & STEFFEN, Ariel David, “From Rational Choice to Behavioural Economics. Theoretical Foundations, Empirical Findings and Legal Implications”, en Ed. Mathis, Klaus, *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Cham, etc, Springer, 2015.
- ORTIZ DE URBINA, Íñigo, “Análisis económico del derecho y política criminal”, *Revista de derecho penal y Criminología*, segunda época, 2004, n° 2, número extraordinario.
- _____, “Análisis económico del Derecho y política criminal” *Revista de derecho penal y Criminología*, 2ª época, 2004, n° extraordinario, 2.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María, “Eficiencia y derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49.