

Algunas consideraciones sobre la aplicación pública de la ley penal

*Rafael Ramírez Villaescusa**

Uno de los temas en los que el análisis económico del derecho ha puesto particular atención es el de la llamada aplicación óptima de la ley. Para el movimiento de la economía del derecho, las normas deben ser juzgadas bajo criterios de eficiencia económica, por tanto cabe cuestionarse cuántos recursos públicos deben destinarse para garantizar el cumplimiento del derecho, máxime si tomamos en cuenta que los recursos económicos con los que cuenta la sociedad son escasos y tienen diversos usos. Lo anterior no es un asunto menor ya que el campo de la justicia ha sido más bien reticente a la introducción de criterios de eficiencia económica. El objeto del presente trabajo es brindar al lector, no familiarizado con la literatura del análisis económico del derecho, una breve introducción a la teoría económica de la aplicación pública de la ley, en particular con un enfoque desde el ámbito penal.

Optimal law enforcement has been one of the most important topics for the economic analysis of law. For the law and economics movement, law should be judge by efficiency criteria and therefore we ought to question how much public resources should be employed to guarantee its enforcement. This is especially important if we take into account that economic resources are limited and have alternative uses. All this mean that the opportunity cost of any investment into justice is everything that we do not invest in other areas such as public health, education or social policy. This is relevant because justice analysis has been reluctant to the introduction of efficiency and cost-benefit analysis parameters. The aim of our contribution is to present a brief but solid introduction to the economic theory of law enforcement, particularly from a criminal law approach.

SUMARIO: I. El derecho y la economía / II. Hacia una teoría económica sobre la aplicación pública de la ley / III. Eficiencia y aplicación de la ley en el sistema penal / IV. Algunas notas sobre la disuasión marginal de los delitos / V. Conclusiones / Bibliografía

* Doctor en Gobierno y Administración Pública, Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad de Sonora. Este trabajo se realiza con el apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) a través de su programa de repatriación.

I. El derecho y la economía

La relación entre el derecho y la economía dista de ser nueva. Ya en el siglo XVIII, Adam Smith apuntaba hacia la importancia del análisis de las normas e instituciones que regulaban los mercados. Además, esta preocupación fue compartida, por filósofos y economistas políticos de la talla de Mill o Marshall.¹ Sin embargo y tal vez como lo afirma Roemer, dicha relación alcanzó un plano muy alto con los trabajos de Bentham y en menor medida con Beccaria, siendo sin embargo olvidada durante largo tiempo. No es sino hasta la década de los sesenta con el surgimiento del denominado Análisis Económico del Derecho, que se vuelve a poner en el centro del debate académico la estrecha relación entre los mundos jurídico y económico.²

Por análisis económico del derecho entendemos al empleo de los conceptos, categorías, métodos y técnicas de la economía (en particular de la teoría microeconómica, la teoría de juegos y la econometría) en el estudio de las normas e instituciones jurídicas y de su impacto en el comportamiento o conducta de sus destinatarios. Para los juristas más tradicionales lo anterior ha supuesto una especie de imperialismo por parte de la ciencia económica, en tanto que para los más abiertos a la interdisciplinariedad se trata simplemente de una extensión del objeto formal de la economía.³

Los estudios de la materia suelen distinguir entre la existencia de un viejo y un nuevo análisis económico del derecho. Por viejo análisis económico del derecho entendemos a la aplicación de la economía al estudio de la regulación relacionada con el funcionamiento de los mercados explícitos, aquí tendríamos cuestiones tales como el derecho de la competencia económica, el derecho de la regulación y la organización industrial o el derecho societario. Estos estudios están muy vinculados a la Universidad de Chicago de la primera mitad del siglo XX. Por lo que respecta al nuevo análisis económico del derecho, éste encuentra partida de nacimiento con la aparición, entre 1960 y 1961, de los célebres artículos de Ronald Coase: *The problem of social cost*⁴ y de Guido Calabresi: *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*⁵ y puede ser entendido como la aplicación de la economía en el estudio

¹ Al respecto véase: Francisco Cabrillo y Rocío Albert, “El análisis económico del derecho en la encrucijada”, *Ekonomiaz*, núm. 77, 2º cuatrimestre, 2011, p. 202.

² Andrés Roemer, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 7-8.

³ Lionel Robbins, durante la primera mitad del siglo XX propuso una trascendente definición de economía. Para Robbins, se trataba de “la ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios limitados que tienen diversa aplicación”. Lionel Robbins, *Ensayo sobre la naturaleza y significación de la ciencia económica*, trad. de Daniel Cossío Villegas, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1951, p. 39. Por tanto, cualquier conducta humana que implique la necesidad de tomar decisiones entre el empleo de recursos (tangibles o intangibles) puede ser analizada a la luz del enfoque económico. Las decisiones de los individuos sujetos a un determinado marco jurídico, condicionadas por éste y por el sistema de justicia, no resultan excepción.

⁴ *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1-44.

⁵ *The Yale Law Journal*, vol. 70, núm. 4, 1961, pp. 499-553.

de aquellas ramas del derecho comúnmente no asociadas al funcionamiento de los mercados: derecho penal, civil (responsabilidad civil, derecho familiar, etcétera), derecho procesal, constitucional, administrativo, entre otros. Hoy en día el término análisis económico del derecho se emplea como sinónimo de esta última vertiente.

Para el análisis económico del derecho, las normas e instituciones jurídicas deben de ser evaluadas por los efectos que estas producen en el bienestar agregado de sus destinatarios. El criterio por excelencia para dicha evaluación es el de eficiencia económica. De ahí que en no pocas ocasiones se haga hincapié en la tensión existente entre los conceptos de equidad (justicia) y eficiencia. Mientras que la justicia es todavía un concepto algo difuso sobre el cual se debate intensamente, la eficiencia ha logrado constituirse en un concepto mejor terminado. Particularmente son dos las acepciones del concepto de eficiencia que tienen trascendencia para el análisis económico del derecho: la eficiencia paretiana y la eficiencia Kaldor-Hicks.

Un determinado estadio es eficiente en el sentido de Pareto si por lo menos alguien experimenta una mejora en su bienestar sin que ello implique un deterioro en el bienestar de otro. Dado lo restrictivo del concepto y la dificultad de que la hipótesis de Pareto se cumpla en sociedades relativamente grandes, es que ha sido introducido el concepto de eficiencia en el sentido Kaldor-Hicks. Así, una situación será eficiente si, en términos de bienestar agregado, las mejoras experimentadas por algunos individuos permiten, por lo menos en teoría, compensar el deterioro experimentado en el bienestar de otros. Las normas jurídicas incentivan conductas cuyos resultados pueden generar situaciones eficientes o no en cualquiera de ambos sentidos.

Por lo expuesto podemos señalar que el análisis económico del derecho no constituye una nueva rama de la disciplina jurídica al modo del derecho económico, sino más bien es una metodología para el análisis del derecho *lato sensu*. Esta metodología descansa en ciertos principios bajo los cuales se ha desarrollado el paradigma económico neoclásico: el individualismo metodológico y la teoría de la elección racional. Por otro lado, se apoya en un arsenal bastante amplio de herramientas que le permiten desarrollar sus alcances: el empleo de modelos simplificados de la realidad, el uso en mayor o menor medida de las matemáticas, la estadística o la teoría de juegos, entre otros.

Por individualismo metodológico entendemos la necesidad de que las conductas individuales sean el centro de cualquier clase de análisis. En este sentido se abandonan enfoques o aproximaciones de tipo colectivista. Por elección racional entendemos a un marco explicativo de la conducta de los individuos que descansa en la idea de que estos buscan maximizar alguna determinada función de utilidad (objetivos, preferencias, etcétera) y que ajustan su actuar en consecuencia, tomando en cuenta las restricciones institucionales y de otro tipo a las que se enfrentan. Una conducta racional, en este sentido, implica que los individuos son capaces de establecer preferencias, ordenarlas y tomar decisiones con base en ello. Normalmente se señala que dichas preferencias son estables y transitivas. Por estables se entiende que no

cambian rápidamente en el tiempo, en tanto que la transitividad implica que si se prefiere un estado A sobre un estado B y a su vez se prefiere al estado B sobre otro C, entonces se deberá preferir al estado A sobre C.

II. Hacia una teoría económica sobre la aplicación pública de la ley

La aplicación pública de la ley, esto es, el empleo de recursos públicos para su ejecución, tiene importantes implicaciones en materia de eficiencia. En primer lugar, debemos tomar en cuenta que la inversión en policía o procuración de justicia, comporta el empleo de ingentes recursos que bien pudiesen ser utilizados en otras áreas de no menor relevancia. Así, la aplicación pública de la ley implica un determinado costo de oportunidad.⁶ En términos de eficiencia hace sentido invertir en la aplicación pública de las normas sólo cuando los beneficios asociados a dicha inversión superan a los costos de la misma, pues solo de esta manera es que logramos un beneficio social neto. Sin embargo, la ejecución de la ley no siempre ha descansado por completo en el Estado y aun hoy, buena parte de la misma depende de las acciones que promuevan los particulares. Esto es particularmente cierto para las ramas del derecho privado, en donde los procesos, así como la carga probatoria, descansan en quienes promueven una determinada acción legal. Cuestión distinta sucede en las ramas del derecho público, en donde el Estado tiene una participación preponderante. El ejemplo más claro es sin lugar a dudas el proceso penal.

Conviene señalar que la función del derecho, es desde el punto de vista económico, la de minimizar el riesgo de sucesos dañosos.⁷ Un daño puede presentarse por conductas deliberadas (normalmente constitutivas de delitos) o bien a través de conductas no deliberadas (normalmente asociadas con la responsabilidad civil). Independientemente de la naturaleza del daño, lo importante es el diseño de un sistema legal que disuada conductas delictivas en el primero de los casos, o bien que incentive un nivel óptimo de diligencia en el desarrollo de una determinada actividad en el segundo. Dado lo anterior, puede concluirse que la función primordial del sistema jurídico no es tan distinta tratándose del derecho público o del privado. Por lo tanto, hace sentido preguntarnos por qué el Estado tiene un mayor interés en participar de la ejecución de la ley en áreas como el derecho penal y por qué le da mayor relevancia a la participación de los particulares en el derecho privado. No olvidemos, por otro lado, que el proceso penal es más bien producto de la modernidad. En realidad,

⁶ Costo de oportunidad “es la cantidad de un bien a la que hay que renunciar para poder obtener algo más de otro bien”. Juan Gimeno y José Guirola, *Introducción a la economía*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 19. Así, un mayor gasto público en combate a la criminalidad significa renunciar al empleo de esos recursos en la producción de otros bienes como lo pueden ser la educación, la sanidad o las infraestructuras.

⁷ Por suceso dañoso entendemos todo aquél que ocasiona una pérdida de bienestar social. Así, un accidente, un delito o la contaminación que produce una fábrica, pueden todos ser sucesos dañosos, aunque no necesariamente lo lleguen a ser.

la persecución de los delitos durante mucho tiempo descansó en mecanismos privados para la ejecución de la ley.⁸

La teoría económica tiene respuesta a esta interrogante. Ésta, como es de esperar, se relaciona estrechamente con el concepto de eficiencia. Para la teoría económica del derecho, hace sentido una mayor participación del Estado en la aplicación de la ley cuando se presentan cualquiera de las siguientes condiciones: *a*) es difícil determinar quién ha sido el responsable de una acción que ha ocasionado un daño a terceros;⁹ *b*) es difícil de encontrar a quien ha sido responsable de una acción que ha ocasionado un daño a terceros;¹⁰ o *c*) la riqueza con la que cuenta el causante del daño es insuficiente para compensar los daños causados. Sobre esta última hipótesis abundaremos más adelante. Tanto en *a*) como en *b*) queda claro que el Estado se ubica en una mejor posición respecto de los particulares, sobre todo si tomamos en cuenta la necesidad de emplear importantes recursos para el logro de la persecución y castigo de los delitos. Algunos de estos recursos están relacionados con la existencia de tecnologías para llevar registros criminales, por lo que el Estado puede construir economías de escala.¹¹

III. Eficiencia y aplicación de la ley en el sistema penal

Para el análisis económico del derecho, el principal objetivo del sistema penal es la disuasión de los delitos.¹² Desde el punto de vista económico, el delincuente —en el fondo— no es tan distinto al resto de los individuos que operan dentro de la sociedad. Lo anterior significa que los criterios de racionalidad económica con los que juzgamos al comportamiento de todos los agentes que operan en un mercado, son

⁸ Algunos ejemplos interesantes que atañen al pasado y al presente los podemos encontrar en: David Friedman, *Law's order. What economics has to do with law and why it matters*, Princeton, Princeton University Press, pp.263-280.

⁹ Por ejemplo, para la parte que sufre algún tipo de daño derivado de un incumplimiento contractual, es más que claro determinar quién ha sido el responsable de dicho incumplimiento. No sucede así para quien ha sido víctima de un robo en su casa-habitación, perpetrado de noche, mientras se encontraba fuera de la ciudad.

¹⁰ Aún y suponiendo que hemos visto a la cara al autor de un robo, esto normalmente resulta insuficiente para poder determinar en donde se encuentra una vez que ha huido.

¹¹ Por otro lado y aunque pudiese existir la posibilidad de que el Estado sustituya la aplicación pública de la ley por un mecanismo de recompensas hacia agentes privados, esto podría presentar el inconveniente de una excesiva inversión de recursos, dado que más actores de lo socialmente óptimo pudiesen verse compitiendo e invirtiendo en la aplicación de la ley, lo cual generaría un importante derroche. Al respecto véase: Richard Posner, *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 558-559 y Mitchell Polinsky y Steven Shavell, "The theory of public enforcement of law", en: *Handbook of Law and Economics*, vol. 1, Mitchell Polinsky y Steven Shavell (Eds.), EUA, Elsevier, 2007, p. 406.

¹² Lo anterior no excluye algunas otras funciones normalmente asociadas a la pena como lo son la incapacitación o la retribución. Sin embargo, estas últimas adoptan más bien un enfoque *ex post*, es decir, una vez que el delito se ha cometido, cuando lo realmente importante es evitar que el delito se cometa.

exactamente los mismos con los que podemos explicar la propensión de un individuo a delinquir. Así, un individuo cometerá un ilícito si el beneficio obtenido por tal acción supera a los correspondientes costos. Los costos y los beneficios asociados a un determinado hecho ilícito pueden ser de naturaleza muy diversa. Los hay puramente económicos, si pensamos en el costo de los insumos requeridos para perpetrar tal acción o bien en el beneficio patrimonial que obtenemos de la misma. Pero también los hay de carácter emocional, en atención a la aversión que se tenga por romper la ley o bien a la emoción que eso genere en el individuo. Evidentemente, no siempre es fácil traducir a términos monetarios dichos costos y beneficios.

Un importante componente de los costos asociados a la comisión de un delito lo es la sanción penal. De hecho, la pena pudiese ser vista como el precio que el delincuente tiene que pagar por delinquir. Sin embargo, todos sabemos que son pocos los delitos que llegan efectivamente a sancionarse. Por tanto, se suele tratar a la sanción penal como un castigo esperado. Dicho concepto atañe a la esperanza estadística de que una determinada conducta criminal efectivamente se sancione. El castigo, sanción o pena esperada, sería el producto de multiplicar a la sanción penal (S) por la probabilidad de su aplicación (P).

Asumiendo que los individuos son neutrales al riesgo y con ello queremos significar que los beneficios y costos emocionales de la acción delictiva son de cero, el delito se cometerá siempre que el beneficio obtenido (B) supere al costo esperado.

$$B > P * S$$

De aquí que existan dos poderosas herramientas de política pública para atajar al problema de la delincuencia; podemos aumentar la sanción penal o bien aumentar la probabilidad de que el delito se castigue.

III.1. Delitos eficientes

Conviene tener presente que cuando se comete un delito no necesariamente es algo malo. De hecho, puede estar en el interés de la sociedad el que algunos delitos se cometan. Esto que puede parecer sorprendente a primera vista ha sido asumido por

Supongamos que la violación a una norma entraña un daño a la sociedad que es valorado en \$10,000 y reporta un beneficio al violador que puede ser valorado en \$12,000. Luego entonces, conviene que el delito se cometa, porque con ello se pasa de un estadio inicial “A” a un estadio posterior “B”, en donde se ha logrado un excedente de \$2,000. Si la sanción esperada se fija en atención al daño generado (10,000) el ilícito se habrá de cometer. Sin embargo, si la sanción esperada se fija en atención al beneficio obtenido (12,000) el ilícito no se cometerá, aun y cuando está en el interés de la sociedad que esto suceda.

la mayor parte de la legislación con la inclusión dentro de la misma de las llamadas eximentes de responsabilidad. Pensemos el caso del infractor de una norma de tránsito por ir a exceso de velocidad hacia el hospital porque su esposa, pasajera también, va a dar a luz o de la madre de escasos recursos que ha robado comida para sus hijos hambrientos. Está claro que en uno y otro caso, la sociedad en su conjunto está mejor si la violación a la norma se da. Por ello, desde el punto de vista del criterio de eficiencia es mejor que la sanción se establezca en atención al daño causado y no al beneficio obtenido por el hecho ilícito.

III.2. El empleo de sanciones pecuniarias para disuadir delitos

Hemos señalado que para atajar al problema de la delincuencia podemos aumentar la magnitud de la sanción penal o bien la probabilidad de su aplicación efectiva. En términos económicos, sin embargo, no hace sentido implementar ambas a la vez, ya que esto ocasionaría un derroche innecesario de recursos. Recordemos, para entender mejor lo anterior, que el objetivo del derecho penal consiste en disuadir conductas delictivas. Por un principio económico elemental, dicha disuasión debe lograrse, además, al menor costo posible. Dado que aumentar la probabilidad de condena implica una importante inversión en cuerpos policíacos, en procuración de justicia y en tecnologías forenses y dado que aumentar la sanción penal implica tan solo una reforma legal, desde el punto de vista económico parece más plausible la segunda opción. Si tomamos en cuenta que la eficacia disuasoria de la norma penal depende de que la sanción esperada sea mayor que el beneficio obtenido por el potencial delincuente, hace sentido una política de sanciones elevadas con baja probabilidad de condena. Bajo el mismo razonamiento, hace sentido el privilegiar sanciones pecuniarias respecto de penas privativas de la libertad, pues la administración del sistema penitenciario resulta mucho más onerosa que la administración de un sistema de multas.

Por poner un ejemplo, en términos esperados es lo mismo una sanción de 100 salarios mínimos con una probabilidad de ejecución de .50, a una sanción de 1000 salarios mínimos con una probabilidad de .05. La última, sin embargo, resulta de una mayor economía, ya que la inversión de recursos necesaria para sostener una probabilidad de .05 es mucho menor que la inversión requerida para lograr una probabilidad de .50.

Lo anterior presenta, sin embargo, algunos inconvenientes. Las investigaciones más recientes parecen apuntar al hecho de que los individuos no responden igual a los cambios en la magnitud de las condenas, respecto a los cambios en la probabilidad de que esas condenas se ejecuten. La evidencia más reciente apunta al hecho de que

la disuasión es mayor tratándose de cambios en estas últimas.¹³ Por otro lado, la eficacia disuasoria de un sistema de multas descansa en la hipótesis de que el individuo pueda responder patrimonialmente respecto del daño causado. Si el castigo esperado se fija por encima del patrimonio del individuo, es de esperarse exista un déficit de disuasión que deba ser compensando normalmente por medio de penas privativas de la libertad. La conclusión es polémica, pues desde el punto de vista de la eficiencia económica, los delincuentes “ricos” deberán ser sancionados con penas pecuniarias, en tanto que los delincuentes “pobres” lo serán con penas privativas de la libertad.

Supongamos una infracción de la ley penal que genera un daño social valorado en \$10,000 y un beneficio para el delincuente de \$9,000. Claramente se trata de un delito ineficiente. Supongamos que existen tres alternativas de política pública: a) altamente punitiva, caracterizada por una fuerte inversión en cuerpos policíacos, tecnología forense y administración de justicia, que origina que 100% de los delitos sean castigados; b) medianamente punitiva, caracterizada por un nivel medio de inversión en el subsistema de justicia penal que ocasiona que 50% de los delitos sean castigados; e) débilmente punitiva, cuya baja inversión en justicia penal origina que tan solo 5% de los delitos sean castigados. Si se adopta la política altamente punitiva, una sanción de \$10,000 bastará para disuadir el delito ya que $\$10,000 > \$9,000$. Sin embargo, si se adopta la política medianamente punitiva, la sanción de \$10,000 será insuficiente para disuadir al delito ($\$10,000 * .50 = \$5,000 < \$9,000$). Por tanto, en éste caso será necesario elevar la sanción penal de tal forma que se cumpla la condición $.50(S) = 10,000$, de tal forma que: $S = 10,000/.50 = 20,000$. Dado que $\$20,000 > \$9,000$ el delito habrá de disuadirse. Aplicando el mismo principio, si la política es débilmente punitiva, la sanción penal deberá fijarse en \$200,000. Dado que en términos de eficiencia lo mejor es disuadir al menor costo posible, la opción adecuada sería fijar una sanción de \$200,000 con una probabilidad de ejecución de .05. Sin embargo, supongamos que el delincuente tiene un patrimonio neto de \$25,000. Si es así, será disuadido tanto por la política pública A, como por la política pública B. Sin embargo, no será disuadido por la política pública C, toda vez que su castigo esperado sería: $.05 * \$25,000 = \$1,250$ y $\$1,250 < \$9,000$.

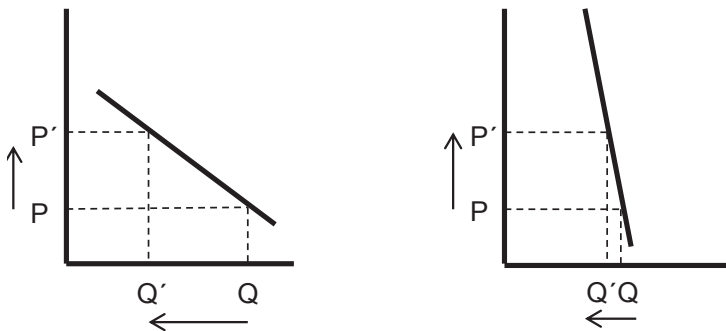
Otro problema con el empleo de sanciones muy elevadas tiene que ver con los incentivos que éstas pueden generar entre los individuos para evadir a la justicia. Lo anterior comportaría el empleo de un monto elevado de recursos por parte de los criminales para lograr evadir la ley y rebajar la probabilidad de ser detectados.

¹³ Al respecto véase: J. Grogger, “Certainty vs severity of punishment”, *Economic Inquiry*, vol. 29, 1991, pp. 297-309.

Finalmente, un problema adicional del cual hablaremos más adelante tiene que ver con el riesgo de eliminar la capacidad de disuasión marginal de las normas. Una vez que hemos extraído todo o buena parte del patrimonio de una persona mediante una multa, quedará poco margen para que éste individuo pueda ser disuadido de otras conductas delictivas. Por lo expuesto, hace sentido replantear la sanción eficiente como aquella que pragmáticamente establece una relación de probabilidad, condena-sanción que minimice el costo social de su aplicación.

III.3. El empleo de sanciones privativas de la libertad para disuadir delitos

Fuera de las consideraciones en materia de justicia o equidad, el que los centros penitenciarios alberguen en su mayor parte a reos de bajo estatus socioeconómico, puede hallar explicación en el déficit disuasorio de las penas pecuniarias respecto



Cuando la función de demanda de delitos es elástica, un cambio en el castigo esperado del delito de P a P' trae un cambio en la cantidad demandada de delitos que va de Q a Q' . Supongamos que el pasar de P a P' comporta una inversión en el sistema penitenciario de \$100,000 y previene, con la incapacitación, que se genere un daño social valorado en \$120,000. Por lo tanto, es eficiente incapacitar a los delincuentes. Cuando la función de demanda de delitos es inelástica, tal y como se observa en la gráfica, un aumento de P a P' no trae aparejada una considerable disminución de la cantidad demandada de delitos. Por tanto, si pasar de P a P' comporta de nueva cuenta una inversión en el sistema penitenciario de \$100,000, pero solo logra impedir que se genere un daño social de \$50,000 por concepto de los delitos que se cometen, entonces no conviene incapacitar. Es mejor que esos delitos se cometan.

de éste sector de la población.¹⁴ El problema con los centros penitenciarios es que su operación consume una ingente cantidad de recursos públicos y si esta inversión no compensa el beneficio obtenido por la reducción del crimen, entonces conviene sacrificar “seguridad pública”. El resultado es polémico, pero va en la línea que defiende el sinsentido de tener las cárceles llenas de delincuentes de baja peligrosidad. Por otro lado, no todos los delincuentes son susceptibles de ser disuadidos y no todos responden de la misma forma ante variaciones en el castigo esperado. Por lo anterior, podemos señalar que existe un subconjunto dentro del conjunto de los delincuentes, conformado por aquellas personas con patologías biológicas, trastornos psíquicos o de cualquier otra índole, que no modificarán significativamente sus pautas conductuales ante cambios en las sanciones o en la probabilidad percibida de condena. En jerga microeconómica diremos que estas personas presentan una función de demanda inelástica. El concepto de elasticidad-demanda atañe a la sensibilidad de las personas para modificar sus hábitos de consumo ante cambios en los precios. Si un cambio en el precio no afecta sustancialmente los hábitos de consumo, se dice entonces que la demanda es inelástica. En caso contrario, estamos ante una demanda elástica. Si los delincuentes no pueden ser correctamente disuadidos, la alternativa es la incapacitación. Pero como incapacitar tiene sus costos, solo deberá incapacitarse cuando el beneficio obtenido por ello, supere a los costos que esto origina.

III.4. El empleo de las penas cuando los delincuentes no son neutrales al riesgo

Hasta ahora, en nuestra exposición hemos asumido que los delincuentes se comportan con una actitud neutral al riesgo. Para una persona neutral al riesgo lo importante es el costo esperado de dicha actividad, independientemente de los componentes de dicho costo. Habíamos señalado, además, que el costo esperado del delito corresponde a una esperanza estadística computada a partir de la magnitud de la sanción y de la probabilidad de condena. Así, una sanción de \$100,000 con probabilidad de condena de 0.05, es exactamente igual a una sanción de \$5,000 con probabilidad 1 de condena. Sin embargo y como lo hemos señalado, la evidencia más reciente apunta hacia el hecho de que una buena parte de los delincuentes no muestran tener una actitud neutral hacia el riesgo. Lo que la evidencia empírica disponible parece señalar, es que un subconjunto de todos los delincuentes se muestra más bien amante del riesgo. Esto significa que pueden ser disuadidos de una forma más efectiva incrementando la probabilidad de condena, que incrementando la magnitud de la sanción. Cabe la posibilidad también de que algunos criminales se muestren aversos al riesgo, si éste es el caso, dichas personas preferirán tener certeza sobre una condena,

¹⁴ “Los estudios realizados concluyen que las personas que cometen crímenes graves (homicidio, violación, etcétera) generalmente tienen un bajo nivel de riqueza, por lo que el efecto disuasivo de una sanción monetaria es muy pequeño”. Andrés Roemer, *Economía del crimen*, México, Noriega Editores, 2001, p. 413.

Supongamos la existencia de un ilícito que genera un daño social valorado en \$100. Desde el punto de vista de la neutralidad al riesgo, el castigo esperado y por lo tanto la eficacia disuasoria del sistema penal será la misma si se aplica una pena de \$500 con probabilidad de .20, o bien si la pena se establece en \$125 con probabilidad de .80. Sin embargo, un individuo amante del riesgo asignará una “prima” de desutilidad que experimenta al enfrentarse a la certeza de un castigo. La certeza de un castigo implica, por el principio del multiplicador, una pena relativamente baja, esto es, cercana al daño social causado por el ilícito. Así, la desutilidad experimentada por un individuo cuando el castigo tiene una probabilidad de aplicarse de .80 será mayor que la desutilidad del individuo que se enfrenta a una pena cuya probabilidad de aplicación es de .20. Dada la existencia de la prima en cuestión, el cómputo del castigo esperado seguirá la siguiente condición: $(P*S) + D = H$, en donde P atañe a la probabilidad de condena, S a la sanción, D a la des-utilidad generada por la actitud hacia el riesgo y H al daño social causado por el ilícito. Ahora bien, dado lo señalado hasta el momento, asumiremos que la desutilidad ocasionada por la actitud al riesgo es de \$10 si la probabilidad de condena es de .80 y de \$2 si es de .20. Como podemos advertir el diferencial entre la sanción óptima para los individuos neutrales al riesgo y la sanción óptima para los amantes del riesgo será mayor a medida que se incrementa la certeza en el castigo (125 frente a 112.5 y 500 frente a 490, respectivamente). Lo anterior, por otro lado, genera la necesidad de que las penas sean menores en aras de inhibir la disuasión de delitos eficientes. *Mutatis mutandi*, la misma lógica puede ser aplicada al caso de los individuos aversos al riesgo.

por tanto podrán ser disuadidas con mayor efectividad por medio de probabilidades bajas pero sanciones altas.

El caso de las penas privativas de la libertad, en concreto de prisión, no es muy distinto a lo que hasta ahora hemos planteado. Un delincuente puede ser neutral al riesgo y por lo tanto mostrarse indiferente entre la certeza de un año en la prisión o bien una probabilidad de 50% de cumplir dos años. Los delincuentes aversos al riesgo, sin embargo, preferirán la certeza del castigo y por lo tanto serán más disuadidos por la segunda opción.

IV. Algunas notas sobre la disuasión marginal de los delitos

Si bien es cierto que las sanciones pecuniarias comportan una mayor economía de recursos en su aplicación, respecto de aquellas privativas de la libertad, el funcionamiento del subsistema penal tiene importantes costos independientemente de las

penas que se apliquen. Por ello es que desde el punto de vista de la teoría económica, la sanción eficiente siempre es menor que aquella que garantizaría una disuasión absoluta. Lo anterior nos parecerá intuitivo si tomamos en cuenta que erradicar por completo la criminalidad comportaría un ingente uso de recursos públicos que bien pudiesen destinarse a otras áreas de no menor relevancia. Así, una conclusión importante que podemos derivar, consiste en el hecho de que en cualquier sociedad el nivel eficiente de criminalidad siempre es positivo (esto es, mayor a cero).

La disuasión marginal de los delitos es otro aspecto relevante de la teoría económica del crimen. Lo anterior significa básicamente dos cosas: inhibir conductas delictivas múltiples mediante la amenaza de una sanción o bien inhibir los delitos más graves cuando lo primero no se ha conseguido. Lo anterior, entre otras cosas, se logra con una política de “precios” diferenciados entre conductas delictivas, atendiendo a la gravedad de las mismas o a la probabilidad de que estas sean castigadas. Un ejemplo bastante común es el que atañe a los delitos de secuestro y homicidio. Ante la escalada de secuestros vivida en nuestro país de unos años a la fecha, múltiples voces se han pronunciado a favor de la necesidad de incrementar las penas a los secuestradores. Sin embargo, en términos de incentivos, esta solución pudiese generar mayores problemas. Si la pena a la que se enfrenta un secuestrador no es muy distinta a la de un homicida, buena parte de los secuestradores terminará matando a sus víctimas porque con ello reducen sustancialmente la probabilidad de ser aprehendidos, sin que el castigo esperado experimente una variación sustancial.¹⁵ Por lo tanto, una política que privilegia la dureza de las penas en contrapartida con una baja probabilidad de detección, pudiese tener como efecto no deseado la reducción del precio relativo de los delitos más graves sobre los menos graves. Lo anterior se traduciría en un mayor número de delitos de alto impacto. Por tanto y sin menospreciar la importancia del principio del multiplicador, la política punitiva eficiente puede ser reformulada como aquella que logra la disuasión marginal del delito al menor costo posible.

V. Conclusiones

El análisis económico del derecho es un campo fértil para el estudio del impacto que las normas e instituciones jurídicas tienen en la conducta de sus destinatarios. Lo anterior resulta de gran relevancia dado que un mejor entendimiento de la forma en la que los individuos actúan frente a la ley nos puede permitir lograr un uso más eficiente de los recursos públicos.

¹⁵ Se podría argumentar, en contrapartida, que a mayor gravedad del delito, mayores serán los recursos que el sistema penal pondrá a disposición de los agentes de la ley para atrapar al delincuente. Así, pudiese darse el caso de que el esfuerzo para atrapar a un secuestrador que ha matado sea mayor a aquel destinado a quien ha cometido “solamente” el primero de los delitos. En dicho caso, pudiese tener sentido para el delincuente no cometer un delito adicional.

En México, sin embargo, dada la ausencia de suficientes vasos comunicantes entre ciencias y disciplinas científicas, el enfoque económico del derecho ha tenido un desarrollo más bien marginal. El presente artículo se ha propuesto dar a conocer algunos elementos básicos de la teoría económica del delito, que tanto impacto ha tenido en Estados Unidos de Norteamérica y en algunos países de Europa.

Nuestro trabajo parte de un supuesto de racionalidad económica por parte de los delincuentes. Lo anterior significa que estos, al igual que el resto de los individuos, actúan como si realizarán un análisis costo-beneficio sobre sus potenciales decisiones. Una persona, bajo este razonamiento, estará dispuesta a delinquir sólo si los beneficios esperados de tal actividad superan a los costos de la misma. Los costos, son de diversa naturaleza, los hay emocionales, patrimoniales, además del costo de oportunidad representado por el tiempo dedicado a delinquir. De particular importancia hemos tratado de resaltar el castigo esperado al que se enfrenta el delincuente como uno de los costos asociados a la actividad delictiva. El castigo esperado, esto es, la pena junto con la probabilidad de condena pueden también ser analizados como un precio que el delincuente paga en función de delinquir. Si dicho precio se eleva, *ceteris paribus*, esperaríamos una disminución en la cantidad de delitos.

Lo anterior otorga al decisor público dos herramientas para el diseño de una política pública de combate a la delincuencia por medio de la disuasión: la magnitud de la sanción y la probabilidad de condena. Dado que por un principio económico fundamental es mejor prevenir (disuadir) delitos al menor costo posible, por principio de cuentas haría sentido una política de penas altas con baja probabilidad de condena. Sin embargo, ello presenta algunos inconvenientes: no siempre los delincuentes podrán responder patrimonialmente a sanciones pecuniarias, pudiese tener efectos perniciosos en materia de disuasión marginal y finalmente, algunos estudios sugieren que los delincuentes pueden comportarse como amantes del riesgo, por lo que una política de aumento en la probabilidad de condena tendría mayor eficacia.

Por último, la teoría económica no niega la importancia que otras variables juegan a la hora de determinar la propensión de los individuos a delinquir, dichas variables tienen que ver con el entorno macroeconómico y con otras circunstancias de carácter social, psíquico o biológico. Hoy en día existen modelos más complejos que tratan de incorporarlas, además de relajar algunos supuestos del modelo de decisión racional. Esperamos que nuestra modesta aportación sirva como estímulo para impulsar una mayor profundización en la materia dentro de las universidades públicas de nuestro país.

Bibliografía

- Cabrillo, Francisco y Rocío Albert. “El análisis económico del derecho en la encrucijada”. *Ekonomiaz*, núm. 77, 2º Cuatrimestre, 2011.
- Calabresi, Guido. “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”. *The Yale Law Journal*, vol. 70, núm. 4, 1961.
- Coase, Ronald. “The problem of social cost”. *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.
- Friedman, David. *Law’s order. What economics has to do with law and why it matters*. Princeton, Princeton University Press, 2001.
- Grogger, J. “Certainty vs severity of punishment”. *Economic Inquiry*, vol. 29, 1991.
- Juan Gimeno y José Guirola. *Introducción a la economía*. Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- Polinsky, Mitchell y Steven Shavell. “The theory of public enforcement of law”. En: *Handbook of Law and Economics*. Vol. 1, Mitchell Polinsky y Steven Shavell (Eds.), EUA, Elsevier, 2007.
- Posner, Richard. *El análisis económico del derecho*. México, FCE, 2000.
- Robbins, Lionel. *Ensayo sobre la naturaleza y significación de la ciencia económica*. Trad. de Daniel Cossío Villegas, México, FEC, 2ª ed., 1951.
- Roemer, Andrés. *Economía del crimen*. México, Noriega Editores, 2001.
- . *Introducción al análisis económico del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 2000.