

## ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y POLÍTICA CRIMINAL

ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO\*

Profesor visitante de derecho penal, Universitat Pompeu Fabra  
Centro de Investigaciones en Derecho y Economía (UCM)

### Sumario:

0.- Introducción: ¿Desconocimiento, rechazo, o rechazo por desconocimiento?; I.- Presupuestos metodológicos: 1.- El AED como instancia del “enfoque de la elección racional”; 2.- AED positivo/AED normativo; A) AED positivo: el enfoque de la elección racional; B) AED normativo. i. AED normativo-técnico y AED normativo-ético; ii. Eficiencia y más eficiencia... pero, ¿qué significa “eficiencia”?; II.- (Algunas) Implicaciones político-criminales. 1.- Evolución del análisis económico de la política criminal: del utilitarismo al neo-clasicismo económico; 2.- El moderno análisis económico de la política criminal; A) La decisión de delinquir y la pretendida suficiencia del análisis económico; B.- La asignación eficiente de los recursos sociales en la prevención del delito; i.- La pena ideal (análisis normativo-técnico); ii- La política criminal ideal (análisis normativo-ético y problemas de recepción del enfoque); Bibliografía.

---

\* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D del Ministerio de Ciencia y Tecnología BJU2003-06687, dirigido por el Prof. Enrique Gimbernat Ordeig, y fue presentado como ponencia en las *VIII Jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades madrileñas*, celebradas en la sede central de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Madrid en abril de 2004. Me gustaría agradecer al departamento de derecho penal de dicha Universidad la excelente organización de las jornadas, y dedicar este artículo a Mariano Melendo.

## 0. Introducción: ¿Desconocimiento, rechazo, o rechazo por desconocimiento?

Incluso una muy breve observación del panorama jurídico académico en los EEUU permite observar la influencia que sobre éste han ejercido el método y los resultados del análisis económico del derecho (en adelante, AED). Con origen en dos importantes trabajos publicados en el año 1960<sup>1</sup>, y presentado formalmente como enfoque con pretensiones explicativas de *todo* el derecho en 1973<sup>2</sup>, el AED inició en tal fecha lo que sin duda puede calificarse como una irresistible ascensión. En la actualidad, la influencia de esta corriente es directamente observable en la frecuencia con la que se citan sus aportaciones o los trabajos de autores que se pueden considerar practicantes de su método. Pero si sólo atendiéramos a ese dato nos quedaríamos cortos, puesto que la expansión ha sido tan amplia que algunos de los planteamientos básicos del enfoque han sido absorbidos por el pensamiento jurídico «ortodoxo», dejando de parecer propios del AED (Ulen 2001, p. 644)<sup>3</sup>. Puede afirmarse sin asomo de duda: en la actualidad el AED forma parte del canon jurídico estadounidense<sup>4</sup>.

En nuestro entorno jurídico más próximo, al igual que en nuestro país, la situación es muy distinta: en los sistemas jurídicos de tradición continental el AED es poco conocido y, si bien es cierto que la polémica sobre su metodología no es ni ha sido excesivamente ruidosa, con toda probabilidad esto se debe a que la mayor parte de la doctrina jurí-

---

<sup>1</sup> Los artículos en cuestión son *The Problem of Social Cost* (1960) de Ronald Coase, y *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (1961) de Guido Calabresi, escrito y aceptado a publicación antes de que viera la luz el artículo de Coase. Antes de estos artículos, el empleo del método económico para el análisis de la regulación jurídica se había reducido al ámbito de las leyes anti-monopolio. Sobre esta primera fase de la evolución del AED v. MacKaay, (2000, pp. 71-73); Kitch (1998, pp. 228-231) y, por extenso, Duxbury (1995, pp. 330-381).

<sup>2</sup> En esta fecha se publica la primera edición del conocido manual de Richard Posner, «*Economic Analysis of Law*», actualmente en su 6ª ed. (2004). Como explica su autor, «después de la publicación de mi libro, su existencia (del AED, *scil.*) podía deplorarse, pero no podía negarse» (Posner 2001, p. 32).

<sup>3</sup> Con buen criterio, una afirmación como la anterior, en el sentido de que algo, aquí el AED, tiene más influencia de la que es observable, debe ser siempre considerada sospechosa (sin que el hecho de que se cite a algún autor en tal sentido sea motivo suficiente para dejar de desconfiar). En este caso, sin embargo, existe suficiente evidencia: al margen de la observación directa, que permite constatar la introducción de términos y categorías económicas en la discusión de problemas jurídicos, existen trabajos bibliométricos que confirman la afirmación efectuada: v., por todos, Ellickson (2000, pp. 524-526).

<sup>4</sup> Sobre las contribuciones del AED al canon jurídico estadounidense v. las interesantes observaciones de Farber (2000, *passim* y especialmente pp. 187-191).

dica nacional y europeo-continental considera innecesario pronunciarse sobre este enfoque. No tanto porque esté de acuerdo con su proceder, como por que lo desconoce o lo estima rechazable<sup>5</sup>.

Aunque los avances habidos en los últimos años quizás permitirían discutir la adecuación de la anterior descripción respecto de algún sector del derecho privado (señaladamente el derecho de daños), entiendo que nadie mínimamente informado puede dudar de que ésta es la situación en el derecho público y en concreto en la doctrina jurídico-penal. En nuestro país, y en general en el ámbito europeo, los penalistas no han siquiera comenzado a ocuparse de las propuestas del AED, y la inmensa mayoría de las referencias a este enfoque presentan una misma caricaturización del mismo según la cual se trataría de una perspectiva analítica que conduce a penas draconianas y en general a desconocer los derechos de los individuos; por ello (evidentemente), debe ser rechazada<sup>6</sup>.

El autor de este trabajo, sin embargo, no comparte tal opinión. Pienso que el AED es un poderoso instrumento de análisis jurídico, y que está en condiciones de aportar útiles propuestas en terrenos en los que el análisis jurídico tradicional ha profundizado insuficientemente. Entiendo, además, que de la terna con la que se intitulaba este apartado (desconocimiento, rechazo, rechazo por desconocimiento), la última expresión es la que mejor describe la situación actual: el AED se rechaza sumárisimamente (demasiado) por desconocimiento de su método y sus propuestas. Como en tantas otras ocasiones, la proclamada apertura a las ciencias sociales de los juristas penales resulta no ser sino un

---

<sup>5</sup> En este extremo (y prácticamente sólo en éste) estoy de acuerdo con Gondra (1997, pp. 1.547 y 1.549): «Es, hasta cierto punto, sorprendente que una revolución metodológica de este calibre no haya suscitado en nuestra doctrina jurídica el debate que cabía esperar (...) Desde luego, debe descartarse la interpretación de este mutismo como una adhesión tácita a la nueva corriente de pensamiento. Tampoco creo que se deba a una incapacidad de respuesta crítica (...) se pensó —creo interpretar el sentir más generalizado— que el debate era superfluo». Lamentablemente, este acertado diagnóstico no es seguido de una contribución relevante al debate metodológico: en su largo y repetitivo artículo, Gondra se centra prácticamente en exclusiva en quien sin duda es el analista económico del derecho más conocido, Richard Posner, en quien encarna todo el enfoque, olvidando que lo más conocido no tiene por qué ser lo más representativo desde el punto de vista metodológico. Para colmo, tal y como reconoce el propio autor (p. 1.671), su lectura de las opiniones de Posner es de segunda mano, algo que quizás explique el desconocimiento de la evolución que éstas han experimentado. Para un análisis informativo de esta evolución v. Gómez Pomar (2002), quien entiende que la evolución ha sido más importante en el aspecto normativo (2002, p. 11), una opinión que comparto.

<sup>6</sup> En la doctrina jurídico-penal alemana, tan influyente en la nuestra, v. entre otros: Hassemer (1999, pp. 182-184); Hörnle (1999, p. 1.082); Werner (1992, pp. 435-436 y 446-447); Herzog (1987, pp. 41-48).

expediente retórico sin consecuencias prácticas: a la hora de la verdad, el interés por entenderlas y evaluar el alcance de sus propuestas para el quehacer jurídico se quedan en nada, y el derecho penal continúa al margen de otras disciplinas. Una situación de aislamiento que, se nos dice, caracteriza a las disciplinas atrasadas (Bunge 1982, p. 103).

No se trata, en cualquier caso, de dejarse intimidar por nadie y modificar la propia matriz disciplinar conforme a las promesas de otras disciplinas. De lo que se trata es de, partiendo de la propia actividad y sus objetivos, ver si y en qué medida es posible adaptar a ésta modos de análisis que se han mostrado exitosos en otros terrenos. Para esto, por supuesto, es necesario saber en qué consisten estos modos de análisis. Con este objetivo, en lo que sigue presentaré algunos de los rasgos metodológicos del AED, subrayando las que a mi parecer son las principales fuentes de equívocos (*1ª parte: Presupuestos metodológicos*); después, mostraré la aplicación de esta perspectiva a algunos problemas político-criminales, de nuevo matizando el alcance de sus propuestas y mostrando los lugares en los que éstas corren un mayor riesgo de ser malinterpretadas (*2ª parte: (Algunas) Implicaciones político-criminales*)<sup>7</sup>.

## *1ª parte: Presupuestos metodológicos*

### **1. El AED como instancia del «enfoque de la elección racional»**

¿Qué puede aportar el análisis económico al derecho? Por supuesto, la respuesta a la anterior pregunta depende decisivamente de qué se entienda por análisis económico. Y aquí, ya en el primer paso, nos encontramos con una posible fuente de equívocos:

Al escuchar el término *economía*, es muy posible que a los juristas nos venga a la cabeza algo distinto de aquello a lo que se refieren los analistas económicos del derecho. Basta con ver un telediario o abrir un diario para comprobar que en el lenguaje común el término «economía» es usado para referirse al conjunto de actividades que tienen que ver con la producción, distribución y consumo de bienes y servicios y, en último término, con el dinero<sup>8</sup>. Este entendimiento constituye una primera barrera a la hora de aceptar que algo que se denomina «AED» pueda hacer grandes aportaciones al derecho. Sin duda, las actividades

---

<sup>7</sup> Este trabajo es un apretado resumen de la segunda parte de mi tesis doctoral, a cuya futura publicación me remito para ulteriores precisiones.

<sup>8</sup> Este sentido de «economía» se relaciona (no perfectamente) con la segunda acepción del término que recoge el Diccionario de la Lengua Española (22ª ed.): «Conjunto de bienes y actividades que integran la riqueza de una colectividad o un individuo».

anteriormente mencionadas precisan en mayor o menor medida de normas que las rijan, y éstas pueden ser objeto de investigación jurídica. Pero tal estudio sería un «Análisis del derecho económico», y no un «Análisis económico del derecho»; el anterior juego de palabras remite a una importante diferencia de enfoque:

Cuando se efectúa un «Análisis del derecho económico», se analiza la actividad mercantil desde una perspectiva jurídica; en el «Análisis económico del derecho», sin embargo, lo jurídico pasa de instrumento de análisis a objeto analizado. Al tiempo, el objeto de análisis se amplía, pasando de la regulación de las actividades mercantiles a todo el derecho<sup>9</sup>. Para ello, para estudiar el derecho desde la economía, los analistas económicos del derecho parten de una definición de «economía» distinta de la utilizada en el lenguaje común. Enfatizando el método de la disciplina y no su objeto, se entiende que la economía es «la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre los fines y los medios escasos susceptibles de usos alternativos» (Robbins 1935, p. 16)<sup>10</sup>.

La amplitud de esta definición posibilita la extensión del análisis económico más allá de su ámbito tradicional para abarcar cualquier otro en el que exista una situación de escasez. Si se tiene en cuenta la noción de «coste de oportunidad»<sup>11</sup> y las limitaciones de tiempo en las que los seres humanos hemos de desarrollar nuestra actividad, esto equivale a decir todos los ámbitos en los cuales se desarrolla la acción humana (por la simple razón de que, se esté haciendo lo que se esté haciendo, siempre es posible plantearse cuáles serían los beneficios —y los costes— de llevar a cabo una actividad alternativa). Pero quizás convenga poner un ejemplo de lo que se está hablando: «también el sexo es una actividad económica. La búsqueda de un compañero (así como el propio acto sexual) lleva tiempo y por tanto impone un precio que se mide conforme al valor que tal tiempo tendría en su mejor uso alternativo. El riesgo de una enfermedad

---

<sup>9</sup> Lo expresa con su habitual medida Friedman (2000, p. 12): «El objeto del AED es el derecho. Todo él».

<sup>10</sup> Las acepciones primera y especialmente tercera del Diccionario de la Lengua Española (22ª ed.) se alejan del lenguaje común para acercarse a la definición que se acaba de ver. Así, la economía sería la «Administración eficaz y razonable de los bienes» (primera acepción) y la «ciencia que estudia los métodos más eficaces para satisfacer las necesidades humanas materiales, mediante el empleo de bienes escasos» (tercera).

<sup>11</sup> El coste de oportunidad es la diferencia existente entre el rendimiento neto de la actividad que se lleva a cabo y aquél que produciría una actividad alternativa más productiva. Imagínese el lector que su trabajo actual le reporta unos ingresos de 2.000 euros mensuales. Si existiese la posibilidad de llevar a cabo otra actividad productiva que le reportara 2.500 euros al mes, su coste de oportunidad sería de 500 euros (en aras de la simplicidad he considerado sólo los beneficios netos de carácter monetario; sin embargo, la noción de «coste de oportunidad» admite la consideración de cualesquiera beneficios).

susceptible de transmisión sexual o de embarazo también son un coste —un coste real, aunque no primordialmente pecuniario—» (Posner 1998, p. 7). Como puede verse, el análisis económico así entendido alcanza conductas que quedan muy lejos del tradicional ámbito mercantil.

La expansión del intento de explicar y predecir conductas y fenómenos sociales a partir del supuesto de comportamiento racional desde el ámbito mercantil a terrenos tan diversos como la política, la historia o la familia se ha producido en las últimas décadas a un ritmo que sin duda alguna puede calificarse de formidable. Más conflictiva resulta la valoración de los resultados de esta expansión, y mientras que sus partidarios afirman que ha demostrado con creces su productividad, sus oponentes insisten en que las aportaciones relevantes son escasas y en su mayor parte una reelaboración de otras ya existentes<sup>12</sup>.

El referido fenómeno de expansión en ocasiones es denominado «imperialismo económico»; en otras, con menor carga evaluativa, «teoría de la elección racional» o «enfoque de la elección racional». En lo sucesivo preferiré esta última expresión. Frente a la primera, porque es más neutral; frente a la segunda, porque apunta una característica relevante y no siempre adecuadamente subrayada del método que se describe. Así, en filosofía y metodología de la ciencia es usual distinguir entre «enfoque» y «teoría». El primero, más general, ofrece una perspectiva, una forma de afrontar los problemas cognoscitivos. Dentro de un mismo enfoque pueden convivir distintas teorías que comparten tal visión general pero la desarrollan con particularidades<sup>13</sup>. Esto es lo que ocurre con la mayor parte de las proyecciones del enfoque de la elección racional, incluyendo su aplicación al derecho; en la aproximación al delito desde el enfoque de la elección racional, en concreto, coexisten dos perspectivas (que con cierta laxitud podemos denominar *criminológica* y *económica*), las cuales, a pesar de compartir los planteamientos metodológicos de base, difieren en buena medida en su desarrollo<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> El ejemplo más claro de la distinta valoración de los resultados lo constituye la polémica surgida en ciencia política en torno al libro de Green/Shapiro «Pathologies of Rational Choice Theory» (1994), sobre la cual puede verse, por todos, la recopilación de Friedman (1996). Para una presentación resumida de los argumentos de Green/Shapiro en castellano, v. los mismos (1995).

<sup>13</sup> «Las teorías no son enfoques: un enfoque no es ni más ni menos que una manera de ver y manejar las cosas, los problemas o los datos (...); por lo tanto, lo más que puede hacer es sugerir algún tipo de teoría» (Bunge, 1996, p. 165). Por lo anterior, a la hora de enjuiciar un enfoque lo que ha de tenerse en cuenta es su capacidad de producir teorías capaces de explicar fenómenos, y no si los explica en la actualidad, criterio conforme al que son juzgadas las teorías concretas (Estany, 1999, p. 194).

<sup>14</sup> En lo que sigue no me ocuparé del enfoque de la elección racional aplicado a la criminología, ya que entiendo que es menos problemático. Valga por ahora decir que es el

Como seguramente habrá observado el lector, hasta el momento sólo se ha hablado del ámbito positivo, esto es, de la explicación y la predicción, que son los extremos de los que se ocupa el enfoque de la elección racional. El AED, sin embargo, va más lejos, de modo que es hora de introducir una importante distinción.

## 2. AED positivo/AED normativo

Al igual que la economía y otras muchas disciplinas sociales, el AED tiene una vertiente normativa y otra positiva. Éste es, se supone, uno de los grandes atractivos del enfoque. Como afirma Eidenmüller (1995, p. 400), el AED sería un natural compañero de viaje de aquellos que se muestran a favor de la orientación del derecho a las consecuencias, ya que ofrece tanto un método de averiguación de las consecuencias previsibles de las normas como criterios para su valoración. Lo primero lo hace de la mano del supuesto económico de conducta (el famosísimo *homo oeconomicus*); lo segundo, utilizando la eficiencia como baremo: las consecuencias se deben valorar según el grado en que se avengan con la consecución de la eficiencia.

Con alguna que otra aclaración que nos ocupará inmediatamente, no veo ningún problema en aceptar esta caracterización en lo que respecta al análisis positivo. Distinto es el caso del análisis normativo, donde la identificación del AED con el ambiguo concepto de eficiencia ha de ser matizada. Pero vayamos por partes.

### A) AED positivo: el enfoque de la elección racional

Es evidente que todas las disciplinas sociales positivas se apoyan de modo explícito o implícito en algún tipo de supuesto conductual (North 1990, p. 17). Es igualmente claro que el método jurídico clásico, ocupado de forma predominante con el análisis formal de normas y sistemas jurídicos, ha descuidado la cuestión de las hipótesis de comportamiento de los sujetos a los que se destinaban tales normas<sup>15</sup>. El AED afirma tener mucho que aportar en este campo, a través de la formulación de hipótesis sobre cómo responderán los sujetos a los incentivos ofrecidos por el ordenamiento jurídico. Dentro de los incentivos se incluyen:

---

marco conceptual que está detrás de la mayoría de los planteamientos agrupables bajo la denominación «prevención situacional del crimen»; sobre ésta v. Medina (1997, *passim*), y acerca de las relaciones y diferencias entre la criminología basada en la elección racional y el análisis económico del delito llevado a cabo por los economistas puede verse Clarke/Felson (1993, pp. 5-6).

<sup>15</sup> Así, Pastor (1998, pp. 274-275); el mismo (1989, p. 31); Malloy (1995, pp. 19-20); Kornhauser (1989, p. 28); Burrows/Veljanowski, (1981, p. 8).

- a) los producidos por las normas y sus modificaciones formales (derogación o aprobación de una nueva norma)
- b) los que se derivan de cambios en la norma de conducta exigida al ciudadano sin suponer una efectiva modificación del ordenamiento jurídico *formal* (por ejemplo, una nueva interpretación jurisprudencial)<sup>16</sup>; finalmente y de modo más ambicioso,
- c) los originados por las concretas políticas de aplicación de una norma y los cambios que experimentan (por ejemplo, la decisión de incrementar/disminuir la persecución de un cierto tipo de delitos o infracciones administrativas).

Cada una de estas situaciones genera incentivos para los sujetos involucrados, cuya incidencia sobre la conducta hay que indagar, puesto que no siempre coinciden con los pretendidos. El AED lo hace a través del análisis ordenado que posibilita el enfoque de la elección racional, y en concreto el uso de la hipótesis de racionalidad.

A pesar de la ubicuidad de las referencias al enfoque de la elección racional, no resulta fácil encontrar una definición o exposición de en qué consiste, ni en sus aplicaciones en el derecho ni en las proyecciones sobre otros campos<sup>17</sup>. Siguiendo a Kelley (1996, p. 97), las explicaciones/predicciones realizadas en clave de elección racional presentan la siguiente estructura:

1. Se identifican los agentes (sujetos individuales, grupos) asociados con una situación o un fenómeno que se pretende explicar;
2. Se identifican los objetivos de esos agentes en la situación de que se trate;
3. Se delinean las características del entorno que pueden ayudar a los agentes a conseguir sus objetivos, o impedir que lo hagan;
4. Se indaga el tipo y la calidad de la información que los agentes tienen sobre ese entorno;
5. Se identifican los cursos de conducta que los agentes pueden tomar para conseguir sus objetivos, teniendo en cuenta las barre-

---

<sup>16</sup> En términos de teoría del derecho (en general: de filosofía del lenguaje) estaríamos ante un cambio en la *proposición* jurídica sin modificación del *enunciado* jurídico.

<sup>17</sup> Resulta indicativo que en el volumen de Friedman citado *supra*, nota 12, una recopilación de catorce artículos sobre la polémica con Green/Shapiro (más su respuesta), sólo en uno de ellos se intentó definir con cierta precisión el enfoque (Kelley, 1996, pp. 96-99), mientras que en otros se define en términos muy vagos (ej. Taylor, 1996, p. 225), y en la mayoría simplemente se presupone que hay un cierto acuerdo en la definición. Esto, sin embargo, es poco probable cuando se tiene en cuenta que no existe acuerdo ni siquiera acerca del significado del propio término «racional». Así, Lenk (1986, pp. 107-115) ha identificado hasta veintiún significados distintos de este término.

ras que les impone su entorno y el grado de conocimiento que tienen de éste;

6. Se identifican, dentro de estos posibles cursos de actuación, aquellos que consiguen los objetivos del agente de modo más eficiente;
7. Finalmente, se *predice* que el agente tomará el curso de conducta que es racional, o se *explica* la elección del agente mostrando que era su mejor elección<sup>18</sup>.

Este esquema teórico ha sido objeto de críticas de muy desigual alcance: mientras que algunas señalan importantes limitaciones del enfoque, otras son producto de la falta de familiaridad con la metodología científica en general, y la de las ciencias sociales en particular. De modo lamentable, las críticas efectuadas por los juristas suelen caer del lado malo. La crítica más usual achaca a los modelos basados en la teoría de la elección racional falta de precisión descriptiva o, lo que se pretende es lo mismo, que los seres humanos de hecho no se comportan tal y como establece el supuesto de racionalidad. Todavía con otras palabras: que en la realidad no existen *homines oeconomici*.

La primera tentación del economista podría ser la de ofrecerse a encontrar un *homo oeconomicus* tan pronto el jurista le presente un «hombre medio». Sin embargo, como suele ocurrir cuando se intenta responder una crítica mediante la estrategia del «mal de muchos...», esta tentación no resultaría productiva. A fin de cuentas, el hombre medio presta sus servicios al jurista como baremo en el ámbito normativo, en el deber ser, y por lo tanto no tiene por qué ser real<sup>19</sup>, mientras que para el economista el *homo oeconomicus* es una herramienta de análisis positivo (explicación-predicción).

Retomemos la última frase. Que ambos tipos de cuestiones (positivas/normativas) son radicalmente distintos es, como sabemos al menos desde Hume, indudablemente cierto. Pero, ¿supone esto que en el pla-

---

<sup>18</sup> En ocasiones puede leerse que el enfoque de la elección racional no exige la maximización (así, Casas Pardo 2001, p. 27). Para la mayoría de los autores, sin embargo, la referencia a la optimización es consustancial a esta aproximación (Abell 1992, pp. 191-198, 203; Coleman/Farraro 1992, pp. XI-XII; Elster 1989, p. 24). Lo cierto es que, sin el requisito de la maximización u optimización, no es fácil (quizás ni siquiera posible) distinguir la teoría de la elección racional de otras teorías intencionales de la acción ya que, como explica Ovejero (1993, p. 13), «el supuesto de intencionalidad no aparece comprometido con una idea precisa de racionalidad, únicamente con la explicación desde intenciones y creencias».

<sup>19</sup> Esto no quiere decir que en el terreno normativo valga con cualquier baremo, por irreal que sea. Evidentemente, si se quiere que sea *justo*, el baremo de que se trate debe exigir prestaciones alcanzables por los seres humanos (situación a la que se refiere la máxima «deber implica poder»).

no positivo no se puedan usar modelos o abstracciones? En absoluto, y aquí es donde fracasa la crítica expuesta. En realidad, el uso de este argumento habla peor del crítico que del enfoque que se pretende criticar, ya que quien lo esgrime demuestra tener pocos conocimientos de filosofía de la ciencia: el uso de supuestos simplificadores es imprescindible en todas las ciencias no formales, sean sociales o naturales<sup>20</sup>.

Uno no puede por menos que sonrojarse ante el candor exhibido por los críticos: ¿De verdad se piensa que quienes utilizan modelos que presuponen una conducta plenamente racional no se habían dado cuenta de que las personas no siempre se comportan de este modo? Para ello tendrían que haber logrado pasar por alto toda la evidencia —incluida la obtenida por introspección— que desmiente la existencia de *homines oeconomici* entre los humanos. Esta evidencia es tan rotunda que este titánico ejercicio de ignorancia no podría sino calificarse de gravemente imprudente, cuando no de doloso-eventual.

Pero antes de imputar tamaña irracionalidad a comunidades enteras de investigadores, conviene seguir informándose. Y cuando uno lo hace, pronto descubre que 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 realidad para facilitar su tratamiento, y esto se hace con plena conciencia de tratarse de idealizaciones<sup>21</sup>.

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<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> «Al fin y al cabo, la ciencia teórica, por su poder de abstracción, hace siempre supuestos irrealistas (*sic*), y creo que no es una crítica muy inteligente de la teoría económica el limitarse a acusarla de que sus supuestos son irrealistas (*sic*)» (Domènech 2002, p. 77; v. también Bunge 1996, pp. 101-103).

<sup>21</sup> Este proceder se ha denominado recientemente «ciencia galileana», por corresponderse de una manera bastante fidedigna con el patrón de investigación científica utilizado por Galileo. V. Rappaport (1998, pp. 3-4 y 99-101).

<sup>22</sup> «Aunque conozco muy pocos economistas que realmente creen que los supuestos conductuales de la economía reflejan con precisión el comportamiento humano, la mayoría sí cree que tales supuestos son útiles para construir modelos del comportamiento en el mercado y, aunque menos útiles, son todavía el mejor instrumental para el estudio de la política y para el resto de las ciencias sociales» (North 1990, p. 17).

Pretender quitarse de en medio al *homo oeconomicus* —y de paso al AED— aludiendo a la irrealidad de sus supuestos supone no entender el modo de argumentación científico-social que está detrás del mismo. De forma más concreta, supone ceder al «prejuicio empirista», según el cual hay que rechazar todo constructo que no se corresponda fidedignamente con los datos<sup>23</sup>. El trabajo con modelos puede ser criticado, por supuesto, pero sólo una vez después de haber sido comprendido. Veamos brevemente en qué consiste la modelación como estrategia de investigación.

En la construcción de todo modelo, el objetivo es abstraer tantas características como sea posible del fenómeno a estudiar, manteniendo sin embargo la capacidad de proporcionar un acceso suficientemente aproximado a la realidad, sea con fines explicativos o predictivos (en general: analíticos). Es por esto que a la hora de proponer modelos para el análisis positivo existe una tensión entre sencillez y complejidad, debida al hecho de que el modelo pretende al mismo tiempo ser una *simplificación de* y una *aproximación al* mundo real (King/Keohane/Verba 1994, p. 49). El énfasis en la sencillez se corresponde con el interés en disponer de un modelo susceptible de ser usado con soltura en distintas situaciones; el otorgado a la complejidad tiene que ver con la adecuación empírica del modelo, que es de esperar que guarde algún tipo de relación con la realidad, algo para lo que puede ser necesario hacerlo más complejo, introducir supuestos menos idealizados<sup>24</sup>. La adecuación de un modelo sólo se puede evaluar de acuerdo con las características concretas del fenómeno que se quiere explicar/predecir (Opp 1999, pp. 96-97): no hay modelos buenos o malos en sí, sino más o menos útiles para satisfacer nuestros intereses cognitivos, que pueden ser de lo más variado<sup>25</sup>. En resumen: no hay *homines oeconomici*, por supuesto que no, pero en numerosas ocasiones es útil hacer como si los hubiera.

---

<sup>23</sup> Sobre este prejuicio v. Bunge (1996, p. 103), quien también habla de su equivalente «racionalista» (yo diría «formalista»), definido como «una confianza acrítica en cualquier modelo matemático refinado».

<sup>24</sup> Proceder bautizado como «método de la abstracción decreciente» (Lindenberg 1992, pp. 6, 8-9, 18-19; Esser 1999, pp. 137-140 y 245-250).

<sup>25</sup> King/Keohane/Verba (1994, pp. 49-50) ofrecen un buen ejemplo: si lo que queremos es explicarle a un niño cómo es un avión, una maqueta (modelo a escala) de un avión puede ser adecuada. Ésta también puede servir a los diseñadores de aviones para hacer pruebas en el «túnel del viento». Para estas tareas sería poco útil construir un modelo que tuviera en cuenta la cantidad de polvo que se puede acumular en la moqueta del avión. Sin embargo, si lo que se pretende es determinar el consumo de combustible del aparato, entonces sí conviene tener en cuenta este en apariencia pintoresco aspecto. De hecho, según informan los autores citados, tal dato fue efectivamente atendido en la construcción de ciertos modelos que permitieron a las aerolíneas ahorrarse millones de dólares.

## B. AED normativo

### i. AED normativo-técnico y AED normativo-ético:

Como bien sabemos los penalistas, el término «normativo» puede significar muchas cosas. En ciencias sociales, en numerosas ocasiones se utiliza formando pareja con la expresión «positivo»; en este uso, mientras que «positivo» hace referencia al ámbito del ser (la explicación y la predicción), «normativo» se refiere al deber ser. Sin embargo, dentro del ámbito del deber ser cohabitan dos tipos de análisis muy distintos entre sí<sup>26</sup>:

- El primero de ellos se ocupa de temas morales, de la determinación de qué es justo, y por esta razón aquí será llamado «normativo-ético»; «normativo», en cuanto establece una prescripción — cómo hay que comportarse—, y «ético» en cuanto la prescripción se refiere a un objetivo de carácter ético —cómo hay que comportarse *para* hacerlo de una manera éticamente correcta<sup>27</sup>—.
- El segundo parte de que ya se ha determinado qué es lo que se quiere obtener, y establece las pautas de conducta (el uso de medios) que permiten operar de un modo racionalmente instrumental en su consecución. El énfasis en la relación medios-fines autoriza a llamar este análisis «normativo-técnico». En este esquema, tanto los medios como los fines podrán ser calificados conforme a valores éticos, pero no tienen por qué serlo y, desde luego, tal calificación escapa al análisis que se describe: las indicaciones para conseguir que el agua hierva son una prescripción técnica, como también lo son las instrucciones para proceder al envenenamiento mortal de un ser humano con una concreta sustancia. En ambos casos, el análisis normativo-técnico no opera con valores, sino con conocimientos empíricos (sobre la reacción del agua al calor y del cuerpo humano a la ingesta de cierta sustancia, en los ejemplos aportados). Esto, al margen de que las situaciones descritas puedan luego ser valoradas conforme a criterios éticos.

<sup>26</sup> Con clara influencia aristotélica, la discusión iusfilosófica se refiere a la distinción entre juicios normativos deónticos (los que yo denomino «normativo-éticos») y juicios normativos anankásticos (“normativo-técnicos” en mi terminología, que utilizo porque creo que es más intuitiva). Sobre el tema v. Alarcón Cabrera (2001, *passim*, por ej. pp. 15-16).

<sup>27</sup> En el texto utilizaré de forma indistinta los términos «ética» y «moral». Como es conocido, ambos difieren exclusivamente en su etimología, y los intentos de matizar su significado (por ej. entendiendo que la moral se refiere a valores universales y la ética a valores socialmente compartidos) resultan forzados e innecesarios, toda vez que se puede lograr el mismo resultado mediante el uso de precisiones terminológicas (por ej.: «ética social» o «moral social»).

La mayor parte del análisis normativo que se lleva a cabo desde el AED es normativo-técnico (Sunstein 2000, pp. 335-336)<sup>28</sup>. Sus resultados, por lo tanto, sólo se refieren a la relación medios-fines. Sin embargo, en no pocas ocasiones éstos son entendidos por los críticos como conclusiones definitivas de un juicio práctico, lo cual les lleva a afirmar que el AED resulta fatalmente incompleto. Si resumíamos la crítica al AED positivo con la frase «los seres humanos no son *homines oeconomici*», ésta podemos encapsularla en la afirmación «al AED sólo le preocupa la racionalidad instrumental». En el ámbito positivo, el principal error del jurista venía dado por su desconocimiento del modo de operar de las ciencias no formales. En el ámbito normativo, lo que se desconoce es una herramienta básica de la filosofía moral, la «Ley de Hume», que nos avisa sobre la incorrección de pasar del ámbito del ser al ámbito del deber ser sin la inclusión de premisas normativas intermedias. Mostrar que algo es un buen instrumento para la consecución de un fin no es lo mismo que decir que ha de ser usado. Del mismo modo que un médico puede verificar las propiedades abortivas de un medicamento sin tan siquiera pasársele por la cabeza promover su uso, o estando absolutamente en contra, un investigador de la política criminal también puede mostrar los efectos previsibles de ciertas medidas sin verse obligado a proponerlas o apoyarlas<sup>29</sup>. En ambos casos, un nivel ulterior del razonamiento práctico, el ético, actúa como estancia de evaluación y aprobación (en su caso, rechazo) de las conclusiones obtenidas en el análisis instrumental.

Las anteriores observaciones nos ponen en condiciones de afrontar el estudio de una noción decisiva en el AED.

---

<sup>28</sup> ¿Por qué? Según la justificación más habitual entre los analistas económicos del derecho, por dos motivos:

1. Por un lado, se afirma que el tratamiento de cuestiones de eficiencia es la parte más desarrollada de la ciencia económica, y el ámbito en el que más se puede profundizar de un modo científico y puramente objetivo, sin necesidad de realizar juicios de valor (o, siendo más realistas, haciendo los menos posibles).
2. Por otro lado, se entiende que el sistema jurídico es un instrumento bastante tosco a la hora de tratar cuestiones distributivas, que son atendidas de forma más adecuada por el sistema impositivo, de modo que quien analiza el sistema jurídico debe centrarse en cuestiones de eficiencia y dejar la corrección de los problemas de reparto a otras instancias.

Ambas afirmaciones son problemáticas (especialmente la segunda, ya que no todos los problemas éticos tienen que ver con el reparto). Para un excelente análisis de por qué lo son, v. Bayón (2002, pp. 262-268).

<sup>29</sup> Quizás convenga recordar, con Nino (1989, p. 80), que «mostrar consecuencias de una decisión no es en sí mismo argumento alguno en favor de ella si no se apela a la aceptabilidad intuitiva de esas consecuencias». Si bien entiendo que la aceptabilidad no sólo se puede referir a la intuición, en todo caso habrá de referirse a algún marco de referencia valorativa más allá de la propia consecuencia.

ii. *Eficiencia y más eficiencia... pero, ¿qué significa «eficiencia»?*

Como sabemos, en su vertiente normativa el AED es rutinariamente asociado al concepto de eficiencia: para este enfoque, se dice, las consecuencias de una determinada regulación jurídica han de valorarse positivamente según su contribución a la consecución de la eficiencia<sup>30</sup>. Sin embargo, la anterior afirmación no tiene ningún sentido si previamente no se aclara qué quiere decirse con la expresión «eficiencia». Y la respuesta no es tan sencilla como puede parecer.

La indagación del significado de este concepto ha de comenzar por apuntar su polisemia. Que el concepto a precisar tenga varios significados es, por supuesto, un mal inicio para la investigación conceptual. Con todo, la ambigüedad, a diferencia de la vaguedad, es un problema de los lenguajes naturales que puede solucionarse con relativa facilidad. Para ello sólo es preciso proceder a la adecuada definición de los posibles significados de la expresión y la indicación de a cuál de ellos se está haciendo referencia. Sin embargo, no es esto lo que ocurre en el caso del concepto que nos ocupa. En la mayor parte de las ocasiones, los analistas económicos del derecho emplean el término «eficiencia» sin precisar a cuál de sus acepciones están aludiendo<sup>31</sup>. Veamos brevemente en qué consisten algunos de estos conceptos:

La que probablemente es la noción de eficiencia más extendida coincide con aquella que se mantiene en el campo de la racionalidad instrumental, o de medios a fines. En este ámbito, se considera que se actúa eficientemente cuando (a) con los medios de los que se dispone se satisface la máxima cantidad de fines —es decir, se tasan los medios y se maximizan los fines— o, alternativamente, cuando (b) se obtiene un o unos fines con el menor costo posible —en esta ocasión, se tasan los fines y se minimizan los medios precisos para conseguirlos—<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Korobkin/Ulen, (1998 p. 341) entienden que la identificación de AED y eficiencia, «en el mejor de los casos, describe la postura normativa de una parte de los analistas económicos del derecho; en el peor de los casos, es una injusta caricatura de todo el movimiento de AED». Sin embargo, no puede dudarse de que, caricatura o no, justa o injusta, esta percepción está muy extendida y hay que contar con ella, aunque sea, como aquí, para criticar sus versiones más crudas —y habituales—.

<sup>31</sup> «Los economistas suelen poner mucho énfasis en que las normas jurídicas sean eficientes. Qué es lo que con ello quieren decir es cuestión controvertida» (González Amuchástegui 1994, p. 933); «El concepto de eficiencia social es un concepto clave de la teoría económica. Sin embargo en la literatura se utiliza con significaciones distintas» (Calsamiglia 1987, p. 272). Además, y al igual que hacen no pocos economistas, en ocasiones los analistas económicos del derecho saltan de un concepto a otro (Duxbury 1995, pp. 390-391, con referencias).

<sup>32</sup> Si el lector dirige su atención a la descripción del análisis positivo que realiza la teoría de la elección racional (*supra*, pp. 38-39), observará que en el paso «6» se hablaba

Junto a este sentido racional-instrumental, la economía del bienestar<sup>33</sup> ha aportado otros criterios de eficiencia. Aquí nos interesan dos de ellos<sup>34</sup>:

— *Eficiencia paretiana*:

Según el criterio conocido como «óptimo de Pareto» una sociedad ha alcanzado una situación óptima cuando ya no se puede mejorar a uno de sus miembros sin empeorar a otro. Derivadamente, se dice que una situación, *A*, es «pareto superior» a otra, *B*, cuando al menos un sujeto está mejor en *A* que en *B* y ninguno está peor. En resumidas cuentas, se dice que una medida es eficiente en el sentido de Pareto cuando mejora a alguien sin perjudicar a nadie. Desde el punto de vista moral, el gran atractivo de los criterios paretianos se cifraba en que parecían hacer posible prescindir de los juicios de valor a la hora de decidir entre políticas públicas<sup>35</sup>. Al tiempo, sin embargo, tienen el gran problema de ir acompañados de la necesidad de unanimidad<sup>36</sup>. Es difícil que las políticas públicas que afectan a una pluralidad de sujetos (la mayoría) no supon-

---

de «eficiencia». Sin embargo, allí estábamos hablando del análisis positivo, y aquí del normativo (en concreto, normativo-técnico). No hay error. La eficiencia en sentido racional-instrumental es utilizada en ambos ámbitos; en el ámbito positivo, la teoría de la elección racional pretende explicar/predecir como actuarán los sujetos, y para ello opera con el supuesto de que los seres humanos son racionales y pretenden maximizar sus beneficios, suponiendo ulteriormente que emplearán eficientemente los medios de que disponen. En el ámbito normativo-técnico no se pretende explicar o predecir ninguna conducta, sino describir cuál sería la más adecuada desde el punto de vista de la relación medios-fines.

<sup>33</sup> La rama de la economía denominada «economía del bienestar» se ocupa en general de los aspectos normativos de esta disciplina, y de forma particular de fijar criterios de asignación y distribución que se puedan tener por justos. El lector interesado en su evolución, desde la inicial alianza intelectual con el utilitarismo hasta su actual interacción con la filosofía moral y política, no debe dejar de consultar el artículo de Antoni Domènech «Ética y economía del bienestar: una panorámica» (1996).

<sup>34</sup> En ocasiones se utilizan también los criterios de «eficiencia asignativa» y «eficiencia productiva». No los trataré porque son prácticamente equivalentes a los aquí expuestos (en concreto, la eficiencia asignativa se relaciona con los sentidos de eficiencia que ahora veremos, y la productiva con la racionalidad instrumental). Sobre ellos puede verse Allen Buchanan (1985, pp. 4-6) y Cooter/Ulen (2004, pp. 16-17).

<sup>35</sup> Esto sería así porque a la hora de recomendar uno u otro estado social la economía del bienestar se limitaría a decidir conforme a criterios que se pretendían hacer pasar por meras «exigencias de racionalidad». Si nadie se ve perjudicado por el cambio, ¿por qué oponerse al mismo? La cuestión, sin embargo, en absoluto es tan sencilla: v. Allen Buchanan (1985, pp. 12-13) y Ovejero (1994, p. 78).

<sup>36</sup> Se considera que el consentimiento de cada sujeto es la única manera de comprobar que efectivamente no se ve perjudicado por el cambio. Esto, por supuesto, es un añadido a la noción de eficiencia paretiana. En los años treinta se atacó la posibilidad de comparar el bienestar que experimentan diversos sujetos. Entonces pesó mucho la restrictiva filosofía de la mente del positivismo lógico: la intensidad de una preferencia es un estado

gan un coste para alguno de ellos. Con la exigencia de unanimidad, esta situación se traducirá en continuos vetos por parte de los perjudicados, y probablemente en la paralización de la actuación pública. Para hacer frente a estas dificultades prácticas, en 1939 los economistas Nicholas Kaldor y John Hicks propusieron un nuevo concepto de eficiencia, que recibe su nombre.

— *Eficiencia «Kaldor-Hicks» y «maximización de la riqueza»:*

Según los autores referidos, una situación debe considerarse superior a otra cuando quienes mejoran lo hacen de tal forma que *podrían* compensar a los que empeoran y aun así acabar en mejor situación de la que estaban. A diferencia de los criterios de Pareto, aquí la distribución de pérdidas y beneficios no es considerada importante (y no hay derecho de veto): lo decisivo es el saldo global de la medida<sup>37</sup>.

En muchas ocasiones, al hablar de la eficiencia los analistas económicos se refieren a ésta de manera informal como el conjunto de cuestiones que tiene que ver con el «incremento del tamaño de la tarta»<sup>38</sup>, diferenciando esta cuestión de la de su reparto, que correspondería a la justicia distributiva. Esta idea de maximización de la tarta parece corresponderse con la noción de eficiencia en el sentido Kaldor-Hicks. En todo caso, debe resaltarse que se diferencia con claridad la cuestión (técnica) de maximizar la riqueza y la cuestión (ética) de distribuirla<sup>39</sup>.

---

interno que sólo se puede determinar por introspección, y ésta no se consideraba un método válido de adquisición de conocimiento empírico. Hoy en día, a pesar del movimiento hacia concepciones más amplias de la filosofía de la mente, sigue siendo ampliamente mayoritaria la opinión de que estas comparaciones son científicamente injustificables. Esto no significa que hacerlas sea absurdo. De otro modo, como recuerda Amartya Sen, no tendría sentido decir que una persona (o un grupo) es más feliz que otra o que su bienestar es mayor, y tales afirmaciones están en la base de importantes decisiones personales y medidas de política pública (Sen 1987, pp. 30-31).

<sup>37</sup> Creo que la perplejidad del jurista la primera vez que se enfrenta a este concepto queda perfectamente reflejada en las siguientes palabras de Liborio Hierro (2002, p. 22): «La sutileza de ciertos principios económicos puede resultar sorprendente para juristas sin adiestramiento económico, como es mi caso. Resulta que, conforme al principio de Kaldor-Hicks, la requerida capacidad para compensar es relevante sólo como tal potencialidad (por eso el criterio ha sido también denominado 'Pareto potencial'). Esto es, no se requiere, para satisfacer el criterio, que los ganadores compensen efectivamente a los perdedores sino sólo que puedan hacerlo».

<sup>38</sup> V., por todos, Friedman (2000, p. 17): «La manera más útil de entender la eficiencia económica es como el intento del economista de dar algo de sentido a la metáfora del 'tamaño de la tarta'».

<sup>39</sup> Esto no siempre fue así. Tras unos primeros pasos dubitativos, en los que coqueteó con el utilitarismo, el más famoso de los analistas económicos del derecho, Richard Posner, propuso como criterio normativo un estándar que en lo esencial coincide con la noción de eficiencia de Kaldor-Hicks y que denominó «incremento de la riqueza». Con el

Ya hemos visto los sentidos principales del término eficiencia. Veamos ahora qué es lo que resulta problemático en ellos (si algo).

Como se adelantó, el primero de estos criterios, la eficiencia racional-instrumental, es difícilmente criticable. La crítica más usual, su insuficiencia como teoría justificativa de las acciones humanas, es poco importante desde el momento en que se aprecia que es tan cierta como trivial. En efecto: la eficiencia racional-instrumental no basta para justificar una conducta. ¿Y? De esta constatación en ningún caso se sigue que no sea un elemento importante de cualquier decisión sobre cómo se debe actuar en un mundo, éste, de recursos limitados. Lo anterior es especialmente cierto cuando hablamos de decisiones que implican el uso de fondos públicos que podrían estar siendo invertidos en la consecución de otros fines. La tradicional falta de estudio de las cuestiones instrumentales por parte de los juristas, unida a su importancia, justifican cumplidamente la preocupación por la eficiencia en sentido racional-instrumental. Que ésta no suponga una completa teoría de la justicia no dice nada en contra de la anterior conclusión.

Los otros dos significados del término, sin embargo, resultan más problemáticos, ya que son o implican genuinos juicios normativo-éticos que no tienen por qué ser compartidos. La eficiencia en sentido de Pareto, por ejemplo, mediante su exigencia de unanimidad privilegia el *statu quo* sin plantearse su legitimidad. El criterio Kaldor-Hicks, por su parte, resulta, según se ha dicho, «o poco convincente, o redundante» (Sen 1987, p. 33, nota 4). Si la compensación de aquellos que pierden por quienes ganan finalmente no se produce, el criterio es poco convincente; en cambio, si se produce, estamos ante una mejora paretiana, y el criterio Kaldor-Hicks resulta redundante. Profundizando un poco más, es harto dudoso que todas las cuestiones normativo-éticas que nos interesan puedan reconducirse al concepto de justicia distributiva, de modo que algo queda cojo cuando el ámbito de lo moral pretende agotarse con tal término.

---

aplomo que caracteriza al autor, esta noción se utilizó como un rodillo con el que amasar todo tipo de problemas normativos, en las más variadas áreas del derecho: desde cómo debe procederse en la asignación de derechos hasta la justificación de la tipificación penal de la violación (sí: el lector ha leído bien). La pretensión de reducir todas las facetas de la justicia a la eficiencia entendida en el sentido Kaldor-Hicks era realmente ambiciosa: ni siquiera en el lugar del que procede tal concepto, la economía del bienestar, se consideró que este criterio sirviera para contestar a todas las cuestiones normativas, incluyendo las referidas a la justicia distributiva (Bayón 2002, p. 265). La tormenta de críticas contra esta propuesta obligó a su autor a abandonar sus pretensiones más drásticas. Lo hizo de manera lenta, pero para 1995 Posner ya relativizaba con claridad la relevancia de la riqueza y de la eficiencia y afirmaba la importancia de otros valores (liberales y democráticos), cuya reducción a tales términos es en ocasiones imposible. Ante tal imposibilidad, el autor citado entiende que en caso de conflicto habrá de otorgarse prioridad a los valores liberales y democráticos (1995, pp. 21-29).

¿Tienen por tanto razón aquellos críticos que acusan al AED de centrarse en exceso en la eficiencia? Para ello habría que entender, en el espíritu del «principio de caridad en la interpretación»<sup>40</sup>, que su utilización de la palabra «eficiencia» remitía a alguna identificación específica del término, y más en concreto a sus nociones paretiana o Kaldor-Hicks. Entonces sí podría decirse, como se ha hecho aquí, que todavía falta algo para encontrarnos ante una teoría normativa interesante. Sin embargo, y puesto que ambas cuestiones son estrictamente separables, esto no diría nada sobre los méritos del AED como método de análisis positivo. Tampoco, de hecho, sobre los méritos del AED normativo como parte integrante de una teoría normativa de mayor alcance<sup>41</sup>. Así pues, no hay nada que temer en el hecho de que el AED tienda a centrarse en el tratamiento de cuestiones de eficiencia. El énfasis en cuestiones racional-instrumentales que se propone desde el AED tiene su correlato en el olvido de estas cuestiones por el análisis jurídico tradicional, que en no pocas ocasiones ha operado bajo la ilusa premisa de que aquello que la ley decía que debía ser, finalmente sería. En este sentido, la pretensión del AED no es sino empujar el proyecto del segundo Jhering, enunciado en las frases con las que comienza *La lucha por el Derecho*: «El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. *No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca*» (1872, p. 45, énfasis añadido)<sup>42</sup>.

## 2ª parte: (Algunas) implicaciones político-criminales

### 1. Evolución del análisis económico de la política criminal: del utilitarismo al neo-clasicismo económico

El análisis económico del delito, y en general de la política criminal, participa del doble análisis, positivo y normativo, que ya hemos visto caracteriza al AED.

<sup>40</sup> El «principio de caridad», asociado en la discusión moderna con la figura de Donald Davidson, cubre un campo más amplio que el aquí expresado y se refiere con carácter general a la atribución de racionalidad a la conducta (incluyendo la lingüística) de otros sujetos. V. por ejemplo Davidson (1984, pp. 35-36).

<sup>41</sup> Según lo visto, además, esta teoría ética podría ser de muy distintos tipos. En otros términos: el análisis normativo-técnico puede complementarse con teorías éticas normativas de muy distinto cuño.

<sup>42</sup> De modo similar, Calsamiglia (1987, pp. 280-281): «Todo el movimiento antiformalista de finales del siglo XIX insistió en el tema de las consecuencias, del fin en el derecho, de la necesidad de resolver los conflictos jurídicos con criterios que produjeran resultados justos y eficientes (...) pero no se tenían los instrumentos adecuados para convertir en realidad esa vieja aspiración».

En su vertiente positiva, el análisis se desarrolla según el esquema del enfoque de la elección racional, presuponiendo que los delincuentes y el resto de los sujetos que participan o se ven afectados por la política criminal y el fenómeno delictivo<sup>43</sup> responden de forma racional a los incentivos, tanto de carácter positivo como negativo. A partir de este supuesto de racionalidad, se examinan las distintas instituciones político-criminales y se efectúan juicios sobre sus efectos esperados (análisis positivo), que posteriormente son evaluados conforme a criterios normativos (análisis normativo).

Como acostumbra a ocurrir con el enfoque de la elección racional, debido a la sencillez de su esqueleto teórico y a tratarse de una construcción basada en la acción intencional, no resulta difícil encontrar en el pasado reflexiones sobre el fenómeno criminal que pudieran interpretarse como antecedentes de este enfoque. Sin embargo, hay acuerdo en que el primer uso sistemático de este tipo de análisis se debe a Beccaria y Bentham, que lo utilizaron para criticar los sistemas penales de su época. Ambos autores basaron su análisis positivo en una concepción antropológica del hombre como ser racional y guiado por el propio interés<sup>44</sup>, y su análisis normativo en la teoría ética utilitarista<sup>45</sup>.

Aunque como es lógico su proceder era menos técnico y sistemático que el actual, resulta impresionante comprobar la claridad con la que

---

<sup>43</sup> El énfasis en la inclusión de todos los posibles afectados por la existencia del sistema de justicia criminal es una característica de estas aproximaciones. V. por ejemplo Ehrlich (1996, p. 46), quien incluye en la interacción a los delincuentes, las instancias de aplicación de la ley, los vendedores o consumidores de bienes y servicios de procedencia ilícita y las potenciales víctimas. La lista se puede ampliar, ya que siendo estrictos el análisis ha de incluir a todo posible participante en el proceso de imputación de responsabilidad criminal, como por ejemplo los abogados: a nadie se le escapa que la probabilidad de condena se ve afectada de modo importante por la calidad del abogado defensor y por lo tanto, entre otros extremos, por cómo se articule el sistema de asistencia letrada gratuita.

<sup>44</sup> Sobre la prevalencia de este modelo de hombre en la obra de los autores ilustrados v. Torío López (1986, pp. 671-673).

<sup>45</sup> No se olvide que, a pesar de sus muchos problemas como teoría ética normativa, que en mi opinión lo inhabilitan como fundamento normativo de la política criminal en la actualidad, en su momento el apego al utilitarismo tuvo un indudable efecto positivo. En palabras de uno de los más grandes juristas del pasado siglo XX (Hart 1958, pp. 51 y 52): "nadie ha combinado con tanta racionalidad como los utilitaristas la pasión por la reforma con el respeto por la ley y el debido reconocimiento de la necesidad de controlar el abuso de poder, incluso cuando éste está en manos de los reformistas (...) Bentham y Austin no eran fríos analistas que jugaban a hacer distinciones lingüísticas mientras ardían las ciudades, sino la vanguardia de un movimiento que trabajó con apasionada intensidad y con mucho éxito para conseguir una sociedad y unas leyes mejores». Por supuesto, lo que se puede predicar de Bentham también se puede predicar de Beccaria, que le precedió e influyó.

estos autores presentaron las variables más relevantes y su interacción. Así por ejemplo, no perdieron de vista la importancia de considerar de forma conjunta la magnitud y la probabilidad de imposición de la sanción para poder decir algo sobre sus efectos sobre la conducta del eventual infractor (esto es, analizaron la pena como un coste esperado, en el sentido que inmediatamente veremos), y también se ocuparon del problema de la disuasión marginal (la necesidad de establecer proporcionalidad entre las penas para impedir que resulte rentable cometer un delito más grave antes que uno menos grave). De modo más sorprendente, se plantearon incluso la influencia que la rapidez de la imposición de la pena puede tener sobre su eficacia (Beccaria 1764, pp. 42-43; Bentham 1789, pp. 87 y 107; Lardizábal 1782, p. 34)<sup>46</sup>.

De modo curioso (y precisado de investigación histórica), una vez pasado el impulso inicial este modo de análisis careció de continuidad, y no resurgió hasta casi doscientos años después. Fue en 1968, cuando Gary Becker, quien luego sería premio Nobel de economía, publicó su artículo «Crime and Punishment: An Economic Approach». Y en él sentó las bases sobre las que se ha edificado el resto de la literatura<sup>47</sup>.

No se puede dejar de resaltar la influencia que este artículo ha tenido sobre la forma en la que se ha venido desarrollando la investigación. La obra de Becker ha venido presidida por el ambicioso objetivo de analizar en términos económicos los más variopintos aspectos de la conducta humana y de la vida social. Sin embargo, la rotundidad y profundidad con la que se ha pronunciado sobre el modo en que ha de conducirse el análisis positivo no ha venido acompañada de una elaboración semejante de la vertiente normativa<sup>48</sup>. Esto no puede extrañar cuando se tiene presente la evolución experimentada por la rama normativa de la economía mayoritaria, la «economía del bienestar», y su tentativa imposible de elaborar una teoría normativa carente de referencias éticas. Semejante pretensión de asepsia valorativa parece chocar frontalmente con las características de un derecho como el penal,

---

<sup>46</sup> Como veremos, hoy en día también interesa este extremo, si bien por razones distintas: ahora interesa porque se ha constatado el fenómeno de «descuento del futuro» o minusvaloración en el presente de nuestro bienestar/malestar futuro (Eide 1994, pp. 32-33), mientras que antes lo hacía porque se suponía que la celeridad del castigo facilitaría la asociación «crimen-pena» y con ella la disuasión.

<sup>47</sup> Ya entonces afirmaba el propio Becker (1968, p. 582) que sus esfuerzos «pueden entenderse como una resurrección, modernización y en ello espero que una mejora» de la pionera labor de Beccaria y Bentham. También reconocen la vinculación con las ideas de la escuela clásica los dos máximos exponentes del enfoque de la elección racional en criminología (Clarke/Cornish 2001, p. 24).

<sup>48</sup> V. por ejemplo Becker (1993), que recoge su discurso de aceptación del premio Nobel.

presidido por ideas y conceptos profundamente teñidos de consideraciones éticas. El choque era previsible, y se produjo, trayendo consigo importantes problemas para la recepción del enfoque en este ámbito. La cuestión merece un tratamiento específico, pero tal cosa se hará una vez explicado en qué consiste la propuesta de Becker.

## 2. El moderno análisis económico de la política criminal:

Becker dividió su análisis en torno a dos extremos: el estudio de la decisión de delinquir (que tiene que ver con el análisis positivo) y el de la eficiencia en la asignación de los recursos en la prevención del delito (que tiene que ver con el análisis normativo-técnico). En esta exposición seguiremos sus pasos.

### A) *La decisión de delinquir y la pretendida suficiencia del análisis económico*

«Una teoría útil del comportamiento criminal puede prescindir de las más especiales teorías de la anomia, de inadecuaciones psicológicas o de la herencia de rasgos especiales y, simplemente, extender el análisis de la decisión usual entre los economistas» (Becker 1968, p. 538).

Con este tacto les comunicaba Becker a los criminólogos cuál iba a ser su papel en el análisis económico de la política criminal: ninguno ¿Es esto cierto? ¿Puede realmente prescindirse de cualquier enfoque que no sea el económico? Si así fuera, el estudioso de la política criminal podría hacer realidad el sueño de tantos científicos sociales: sacar la navaja de Occam y operar sobre la miríada de teorías en competición, hasta deja sólo una. Pero que resulte adecuado acudir al principio de parsimonia en la elaboración teórica depende de la fuerza explicativa de ese «análisis de la decisión usual entre los economistas» al que aludía la anterior cita. Sigamos con Becker:

«El enfoque aquí adoptado sigue el análisis de la decisión usual entre los economistas y asume que un sujeto comete un crimen si su utilidad esperada supera la que obtendría usando su tiempo y otros recursos en otras actividades. *Algunas personas, entonces, se convierten en 'criminales' no porque su motivación básica difiera de las de otras personas, sino porque lo hacen sus costes y beneficios.* (1968, p. 545, énfasis añadido).

A partir de aquí, se puede construir una función que pone en relación el número de delitos que comete un sujeto con su probabilidad de condena, el castigo que se le impondrá en caso de ser condenado y otras

variables, como pueden ser la renta proveniente de otras actividades (legales o ilegales) o su predisposición a cometer un acto ilegal. En concreto, Becker representó la mencionada función del siguiente modo:

$$O=O(p, c, u),$$

siendo  $O$  el número de delitos que el sujeto cometería durante un período de tiempo (su «oferta delictiva»),  $p$  la probabilidad de condena por cada delito,  $c$  la condena prevista y  $u$  una variable abarcadora que representa el resto de influencias sobre la conducta del sujeto<sup>49</sup>.

Recordemos la pregunta inicial. ¿Permite el análisis económico de la conducta prescindir de otros enfoques sobre los determinantes de la delincuencia? La respuesta es clara: no.

Comencemos por apreciar cómo, según el enfoque de la elección racional, el sujeto enjuicia subjetivamente la situación, esto es, evalúa los costes y beneficios previsibles conforme a sus preferencias. Ahora bien, ¿cómo son esas preferencias y de dónde vienen? En el análisis económico, las preferencias de los sujetos se suelen considerar como algo dado, dejando que sean otras disciplinas las que estudien su contenido y origen. El reparto de tareas, por supuesto, es necesario en el trabajo teórico, y no hay nada que objetar... siempre y cuando se trate efectivamente de un reparto de tareas, y no parece ser éste el caso.

Mediante la atribución de una u otra función de utilidad al sujeto actuante siempre será posible «explicar» (de forma tan impecable como insatisfactoria), tanto una conducta como su contraria. Ante un accidente, dos sujetos que conducen con el mismo objetivo (llegar a un estadio de fútbol para presenciar un partido, pongamos) toman decisiones opuestas: mientras uno se detiene a ayudar, el otro sigue conduciendo. Observando su conducta podríamos inferir que en la función de utilidad del primer sujeto la conducta «ayudar» figura en una posición más elevada que la conducta «llegar a tiempo al estadio», y que lo opuesto ocurre en el caso del segundo sujeto. Pero postular una función de utilidad *ex-post*, cuando ya sabemos qué conducta se llevó a cabo, no es lo mismo que predecir *ex-ante* cuál será su conducta; para hacer esto último con alguna garantía de éxito, necesitamos tener alguna información

---

<sup>49</sup> Por ejemplo, para Ehrlich (1996, p. 46), entre éstas se encuentran el *valor esperado* (concepto sobre el que volveremos) del delito cometido, los costes incurridos en la preparación, ejecución y ocultamiento del delito y la actitud que uno tenga hacia el delito (entendida por el citado autor como «una combinación de valores morales, proclividad a la violencia y preferencia por el riesgo»).

sobre el contenido de su función de utilidad<sup>50</sup>. Como con acierto aconseja Opp (1989, p. 125) a los más voraces partidarios del enfoque de la elección racional, estos «no deberían dejar de considerar que también ellos pueden aprender algo de sus víctimas». Y en este caso, la presunta víctima, la criminología, resulta ser la más importante fuente de información teórica y empírica sobre el delito.

Sin embargo, el consejo de colaboración con otras disciplinas parece haber sido desoído por el análisis económico del delito mayoritario, tal y como han puesto de manifiesto autores que no son en absoluto sospechosos de hostilidad hacia el enfoque de la elección racional (toda vez que son sus principales representantes en criminología): «los modeladores económicos parecen estar poco al tanto de la creciente información empírica sobre el comportamiento delictivo que existe en otras disciplinas; siguen produciendo explicaciones teóricas de la decisión individual que son demasiado idealizadas y abstraen demasiado del problema de la decisión delictiva como para ser una base útil para el trabajo empírico» (Clarke/Cornish 1985, p. 157)<sup>51</sup>.

El problema de la indefinición de las funciones de utilidad resulta especialmente grave en el campo de la delincuencia, ya que los tipos

---

<sup>50</sup> Se refieren a este problema Silva (1996, p. 104), y Kunz (2001, pp. 202-203): mientras no se expliciten las funciones de utilidad de las que se habla se estará dando una información prácticamente nula. Desde el análisis económico Eide (1994, p. 16) reconoce que cualquier acción se puede explicar como una conducta racional si se presupone una estructura de preferencias adecuada, y apunta que para poder explicar y predecir mejor el comportamiento es necesario tener información sobre la formación de las preferencias y su eventual transformación a lo largo del tiempo (obra citada, pp. 45-46).

<sup>51</sup> Sobre este extremo no puede dejar de citarse literalmente al polémico DiLulio, Jr. (1996, p. 17), quien tras ofrecer una muy dramática descripción de los delincuentes callejeros en Estados Unidos afirma: «Si hay un modelo de disuasión criminal que refleje tales propensiones conductuales, todavía tengo que cruzarme con él. Hasta que los economistas desarrollen tal modelo quedará la sospecha de que sus nociones de disuasión son valiosas exclusivamente en la sala de seminarios y su entendimiento del crimen puramente académico. No vale con seguir refinando los modelos de disuasión convencionales. Los modelos que asumen que los jóvenes depredadores callejeros no son sino un tipo especialmente impulsivo de profesores de economía de mediana edad no sólo son intelectualmente yermos, sino también, si alguien fuera tan tonto como para actuar sobre su base, notoriamente peligrosos. La realidad simplemente no casa con la teoría; los economistas necesitan una nueva teoría, una que vaya más allá de los confines del modelo de Becker». En los últimos tiempos se viene reconociendo desde el análisis económico la importancia de estos extremos, v. por ejemplo Eide (2000, pp. 353-354) y (1994, pp. 7-8, 10-11, 13-17 y 44-46), donde alude a la importancia de la investigación sociológica y psicológica y expresamente se distancia de las pretensiones más imperialistas de Becker (p. 15, nota 7). V. también Dau-Schmidt (1990, pp. 15-17) y el extenso intento de introducir elementos sociológicos y psicológicos en un enfoque de elección racional que lleva a cabo Kumar Katyal (1997, especialmente pp. 2.442-2.470).

delictivos se refieren a muy distintos planos de la conducta humana, siendo también muy diferentes los costes y beneficios que la comisión del delito puede ocasionar al delincuente. Piénsese en las distintas motivaciones que pueden llevar a alguien a cometer una apropiación indebida, una violación, un aborto punible o una omisión del deber de socorro: decir que en todos estos casos los sujetos actúan tal y como lo hacen porque maximizan una función de utilidad es decir muy poco, si es que acaso es decir algo. En los comportamientos delictivos más arriba enumerados, las conductas se componen en buena parte de costes y beneficios que poco tienen que ver con los monetarios, y en los que pesará mucho la evaluación ética que el sujeto haga del cumplimiento de la ley<sup>52</sup>. Incluso en el caso de que el delito tenga un componente eminentemente patrimonial y no ponga en peligro bienes de otra naturaleza (caso del hurto, la apropiación indebida, la estafa o el robo con fuerza en las cosas, pero no, por ejemplo, del robo con violencia o intimidación), las actitudes éticas del sujeto pueden resultar decisivas: es evidente que numerosas personas no cometerán el delito aun cuando sepan que de su comisión no se van a seguir consecuencias negativas y éste sea rentable en términos financieros<sup>53</sup>. Esto vale también para el caso, más realista, de que exista una probabilidad de ser sancionado pero el valor esperado de la sanción sea inferior al de la ganancia. Un análisis que no tuviera en cuenta los llamados «costes morales» asociados a la comisión de actos delictivos afirmararía que en tales circunstancias los sujetos delinquirían de modo generalizado. Esto, sin embargo, no es así ni siquiera de un modo aproximado: los costes morales, determinados por las convicciones éticas del sujeto, son fundamentales, y además varían tanto con los distintos tipos de delito como con las circunstancias de su comisión, como puede verse considerando los distintos escrúpulos morales con los que se contempla la decisión de hurtar en el pequeño comercio de barrio y en el gran almacén (Clarke/Cornish 2001, p. 27).

---

<sup>52</sup> Este aspecto es subrayado por Karstedt/Greve (1996, pp. 190-191) y por Montero/Torres (1998, p. 21). En su modelo económico de la decisión de delinquir Block/Heineke (1975) consideraron explícitamente los costes «psíquicos» o «éticos» (los autores usan ambos términos) del delito y del trabajo legal y mostraron que el análisis se tornaba mucho más ambiguo que los anteriormente realizados por Becker y Ehrlich (Block/Heineke 1975 pp. 315-316), concluyendo que «en el área de la aplicación del derecho, como ocurre con los impuestos, las recomendaciones de actuación pública no se extraen de la teoría, sino que requieren una determinación empírica de las magnitudes relativas» (obra citada, p. 323).

<sup>53</sup> Por eso algunos autores tienen cuidado de precisar que hablan de un delincuente racional y *amoral* (v. por ejemplo Cooter/Ulen 2004, pp. 454-457). Sin embargo, no hace falta ser un fanático seguidor de la teoría de las subculturas para estar de acuerdo en que no hay delinquentes amorales, aunque (desde un determinado punto de vista moral) los haya *inmorales*. Normalmente, de hecho, los delinquentes comparten las valoraciones morales de la mayoría de los ciudadanos (razón por la que tiene sentido la categoría de las «técnicas de neutralización», introducidas en el análisis criminológico por Matza).

En definitiva, la investigación empírica y los conocimientos teóricos sobre el fenómeno delictivo que pueden aportar otras perspectivas resultan irreemplazables a la hora de formular propuestas de política criminal, incluso (mejor: especialmente) cuando éstas se hacen siguiendo un análisis económico: éste proporciona una potente estructura, un esqueleto, pero corresponde a otras disciplinas aportar el resto de los ingredientes<sup>54</sup>.

Obsérvese, además, que la anterior observación no es en realidad una crítica al modelo presentado por Becker y utilizado por la mayoría de los analistas económicos del derecho, sino una profundización en el mismo, que incluye una variable genérica, «u», con la que se alude a las medidas preventivas distintas de la gravedad de la pena y su probabilidad de imposición. El olvido de «u», además, no está justificado si atendemos a la segunda pretensión del análisis económico del delito: determinar cuál es el modo eficiente de emplear los distintos recursos al alcance de la política-criminal. Veamos.

### *B. La asignación eficiente de los recursos sociales en la prevención del delito*

Tras el estudio de la decisión de delinquir, el segundo gran bloque temático del que se ocupa el análisis económico del delito es el de la asignación de los recursos sociales en la prevención del delito. Con su estudio pasamos del análisis positivo al normativo, y concretamente al normativo-técnico.

En este punto, según entiendo y he avanzado antes, la percepción más usual entre los penalistas es que el objetivo del análisis económico del delito es acabar con el delito y que para ello sigue una lógica preventivo-general negativa con tendencia a la intervención policial masiva, la exasperación punitiva y el recorte de derechos y garantías. Sin embargo, esta percepción yerra acerca del objetivo del AED, y aunque se acerca parcialmente a sus conclusiones (mejor: a sus conclusiones *prima facie*), lo hace de manera puramente casual. La preocupación del análisis económico no es acabar con el delito, sino otra muy distinta, que resumió brillantemente Becker en su artículo fundacional (1968, p. 538):

---

<sup>54</sup> De acuerdo Akers (1999, p. 26). Este autor, sin embargo extrae la conclusión de que los modelos de elección racional no son sino esquemas portadores de los supuestos de otras teorías y que por lo tanto su éxito —cuando lo tienen— sólo sirve como constatación de estas otras teorías, exhibiendo lo que creo que es un exceso de lo que podríamos llamar «competitividad interteórica»: ¿acaso no debe considerarse un éxito teórico disponer de un armazón conceptual capaz de albergar otros desarrollos teóricos?

«¿Cuántos recursos y cuánto castigo *debería* usarse para aplicar diferentes tipos de legislación? Expresado de forma equivalente pero quizás más extraña: ¿cuántos delitos *deberían* permitirse y cuántos criminales *deberían* dejar de ser castigados?».

En la actualidad, y siguiendo terminología proveniente de la economía del bienestar, el objetivo del análisis económico del delito se suele describir como «la minimización de los costes sociales del delito»<sup>55</sup>, una noción amplia e imprecisa que incluye, entre otros, los siguientes:

- Los costes de los delitos considerados en sí mismos, incluyendo costes de carácter inmaterial, como pueda ser el miedo al delito;
- Los costes de prevención, sean estos públicos o privados, y sea la prevención primaria, secundaria o terciaria; dentro de esta categoría se incluyen los costes de funcionamiento de la administración de justicia penal y los del sistema de ejecución de sanciones.

Para minimizar los costes mencionados se puede actuar utilizando distintas medidas, que afecten tanto a los incentivos negativos como a los positivos: el objetivo será lograr una distribución de recursos tal que el último euro gastado en una medida arroje el mismo saldo preventivo que el gastado en las demás (Donohue/Siegelman 1998, p. 2). Si este no fuera el caso, convendría transferir recursos de un programa a otro.

Sin embargo, y aunque la situación está cambiando, el AED se ha ocupado de manera principal de un tipo de incentivos negativos, las variables punitivas, y en concreto del juego conjunto de la gravedad de la pena y la probabilidad de su imposición<sup>56</sup>. Aquí no nos podemos parar a analizar las causas por las que esto ha venido ocurriendo, una cuestión de alto interés histórico y sociológico-científico pero poco relevante desde el punto de vista metodológico<sup>57</sup>. Desde este último, qué duda cabe, el criterio general de ubicar los recursos allí donde estos obtengan rendimientos más elevados incluye la posibilidad de usarlos en pro-

---

<sup>55</sup> V. por ejemplo Cooter/Ulen (2004, p. 470): «El derecho penal debería minimizar el coste social del crimen, que es igual a la suma del daño que causa y los costes de su prevención».

<sup>56</sup> Tal y como exponen —y critican— Montero/Torres (1998, pp. 50-51) y Ehrlich (1996, p. 65): “Un error habitual sobre la hipótesis disuasoria es entender que sólo se refiere a los incentivos negativos, cuando los positivos pueden albergar una mejor promesa para ‘solucionar’ el problema del delito».

<sup>57</sup> Entre las explicaciones al uso, señalaré dos: por un lado, la convicción acerca de la mayor dificultad de actuar sobre los incentivos positivos (Freeman 1996, pp. 40-41). Por otro lado, el presunto sesgo ideológico (conservador) de los analistas económicos del derecho. Indudablemente, de ser cierta la segunda explicación, influiría sobre la primera.

gramas de prevención primaria, de resocialización o de mejora de las perspectivas laborales. Todas estas medidas incrementan el coste de oportunidad de la actividad ilegal respecto de la legal y, siguiendo el razonamiento propio del AED, esto tendrá como efecto un menor número de delitos.

En realidad, al afirmar que el marco conceptual del análisis económico incluye la *posibilidad* de analizar las medidas que generen incentivos positivos me he quedado corto: la adopción de una perspectiva económica no truncada *obliga* a estudiarlas y compararlas con el resto de medidas de intervención para ver cuáles son sus méritos relativos<sup>58</sup>. Que esto no se haga por buena parte de los analistas económicos del delito no es un problema del análisis en sí, sino que tiene que ver con la forma incompleta como se lleva a cabo.

Quizás la mejor manera de ilustrar lo anterior sea recurriendo a un ejemplo. En su artículo «Asignando recursos entre las prisiones y los programas sociales en la lucha contra el crimen» (*Allocating Resources Among Prisons and Social Programs in the Battle Against Crime*), publicado en 1998, Donohue y Siegelman compararon ambos tipos de estrategia desde el punto de vista de su eficiencia.

Para ello analizaron, de un lado, los costes anuales de la política de encarcelamiento, así como sus efectos inocuidador, rehabilitador y preventivo general; de otro, los costes y beneficios de distintos programas sociales, la mayoría de los cuales no estaban expresamente dirigidos a prevenir delitos (curiosamente, ninguno de los que pasó el análisis coste-beneficio en este aspecto tenía como finalidad tal prevención). A continuación, los autores compararon los costes y beneficios de dos opciones político-criminales: la posibilidad de continuar la política de encarcelamiento masivo, y la de invertir el dinero que costaría tal política en los programas de intervención social que se han mostrado más efectivos (*op. cit.*, pp. 31-43). Los autores muestran que sería posible obtener mejores resultados preventivos con esta segunda opción, que además ve reforzado su atractivo cuando se piensa en lo que denominan «beneficios ancilares» de los programas de intervención social, esto es, las mejoras en la situación de aquellos que participan en ellos dis-

---

<sup>58</sup> V. tempranamente Ehrlich (1974, p. 112): «Si a una sociedad le resulta o no rentable invertir más recursos en la aplicación del derecho vigente depende no sólo de la efectividad de tal gasto en la disuasión del delito, sino también del grado de rentabilidad de otros métodos alternativos de combatir el delito». Sobre cómo la falta de consideración de los incentivos positivos supone —o puede hacerlo— una suboptimización de los recursos sociales v. también Pyle (1983, p. 90); Kahan (1997, pp. 2.477-2.478) y Montero/Torres(1998, pp. 68-69 y 126).

tintas de su no participación en actividades delictivas, como puedan ser mejoras laborales, en la autoestima, en su vida en comunidad, en sus relaciones familiares, etc.

Entiendo que la conclusión es inapelable: nada en el método del AED justifica los prejuicios de los juristas penales contra el mismo. Sin embargo, y reconociendo que ésta es la parte más conocida del análisis económico de la política criminal, resulta justificado dedicarle una especial atención a la determinación del tipo y forma de pena ideales.

*i.- La pena ideal (análisis normativo-técnico)*

El AED comienza su análisis de la pena apuntando que tanto los costes como los beneficios que resultan de la comisión del delito son magnitudes variables e inciertas, lo que obliga a acudir a la noción de «valor esperado».

Centrándonos en los costes, y dentro de éstos sólo en las sanciones legalmente previstas<sup>59</sup>, el valor esperado de una sanción se obtiene en principio multiplicando su magnitud por la probabilidad de su imposición. Así, el valor esperado de la sanción de un delito que tenga prevista una pena de diez años de cárcel y para el cual la probabilidad de condena se sitúe en un 10% será de un año ( $10 \times 0,1$ ), valor esperado que coincidirá con el de la sanción de un delito cuya pena sea de dos años pero cuya probabilidad de condena se sitúe en el 50% ( $2 \times 0,5$ ).

Atendiendo exclusivamente a estas dos variables, para aumentar el coste del delito y conseguir una reducción de éste se puede tanto incrementar la probabilidad de condena como la gravedad de la pena. Sin embargo, los costes que acompañan a cada una de estas posibilidades son distintos.

Elevar la probabilidad de condena supone actuar sobre uno o varios de los factores que tienen como resultado que la criminalidad pueda estudiarse siguiendo lo que en criminología se ha denominado «modelo del embudo».

---

<sup>59</sup> Se prescinde por ahora de otros posibles costes para el delincuente, como puedan ser, en el terreno de las sanciones, los efectos reputacionales, que en ocasiones pueden tener mayor entidad que los legales y cuya inclusión tiene importantes consecuencias en el análisis. También se prescinde de los costes del material que pueda ser necesario para perpetrar el delito, así como de los costes de oportunidad de la actividad delictiva (el tiempo invertido en delinquir se podría invertir en otras actividades legales productoras de renta) y de los costes morales. Es mucho prescindir, pero por el momento el análisis no se verá perjudicado: otra cosa es que éste se quisiera dar por concluido a pesar de las anteriores omisiones.

Expuesto *grosso modo*: el número de delitos cometidos es superior al de aquellos que son denunciados, el de denuncias superior al de actuaciones judiciales, y el de actuaciones judiciales superior al de condenas, de modo que el sistema de justicia criminal funciona como un filtro en forma de embudo que va seleccionando los casos<sup>60</sup>. De este modo, para alterar el porcentaje de condenas habría principalmente que invertir más en efectivos policiales y judiciales (en general: en el sistema de administración de justicia criminal), con el consiguiente coste para el erario público.

Menores son los costes que suelen asociarse al aumento del valor esperado de la sanción por medio del incremento de su dureza. Al fin y al cabo, da la impresión de que lo único que hay que hacer en este caso es lograr reunir a un número suficiente de parlamentarios un día dado y que estos voten a favor del mencionado incremento. Es por esta razón por lo que se ha podido afirmar que «el aumento de las penas apenas requiere mayores recursos sociales» (Pastor 1989, p. 170).

En cuanto a los costes de ejecución, si se considera el delito como fenómeno y no la comisión de un concreto delito por una determinada persona, mientras el coste esperado de la sanción sea el mismo, los costes de ejecución no variarán en una u otra combinación. En la combinación «alta probabilidad de sanción/sanción leve» habrá más delincuentes cumpliendo sanciones más leves, mientras que en la combinación «baja probabilidad de sanción/sanción grave» tendremos a menos delincuentes cumpliendo sanciones más graves, pero el monto total de la sanción será el mismo. Para ilustrar el caso con un ejemplo, pensemos en que se han cometido 100 delitos de robo con fuerza en las cosas, y que en el sistema «A» la probabilidad de condena es del 20% y la pena de un año de prisión, mientras que en el sistema «B» la probabilidad de condena es del 5% y la pena de cuatro años. Como es fácilmente comprobable, en ambos sistemas el número total de años que los delincuentes de uno y otro sistema habrán de pasar en prisión es el mismo (veinte).

Si el análisis se detuviera en este punto, la respuesta a la pregunta sobre cuál es la sanción ideal no podría ser sino una: *la sanción ideal es aquella cuya gravedad tiende al infinito y cuya probabilidad de imposición tiende a cero*. Tal sanción, en caso de que llegara a ser impuesta, resultaría efectivamente draconiana, y en este punto las críticas que se hacen al análisis económico del delito estarían justificadas<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> V. la presentación de este modelo que ofrece Bock (2000, pp. 117-119), aportando las cifras y cuota de selección de cada escalón del modelo en Alemania.

<sup>61</sup> No, sin embargo, las que se refieren a la «intervención generalizada», ya que si la probabilidad de imposición de la sanción es reducida también lo será la intervención policial y la de los órganos judiciales.

Pero el análisis no se detiene en este punto, sino que es objeto de múltiples cualificaciones que alejan al AED de la fiereza político-criminal que se le imputa. Aquí me voy a limitar a señalar las tres que considero más importantes: la determinación de la forma óptima de sanción, el problema de la «disuasión marginal», y la relevancia del fenómeno conocido como «descuento del futuro».

— *La forma de la sanción: privación de libertad vs. multa*

Para determinar qué forma ha de tener la sanción óptima hay que considerar los diferentes costes que acompañan a las mismas. Mientras que mantener a un sujeto en la cárcel le cuesta dinero al Estado —y se lo hace perder al preso y a su familia—, obligarle a pagar una multa engrosa las arcas públicas (salvo que los costes administrativos del cobro superen el montante de la multa, caso en el cual el Estado se seguiría ahorrando los costes de ejecución de la pena privativa de libertad).

Así, una primera cualificación apuntaría a que la sanción penal preferida por el AED es la multa de elevada cuantía, y no la larga condena a prisión, de modo que no es cierto que el AED recomiende mandar a mucha gente a la cárcel por largos períodos de tiempo: lo que recomienda es que unos pocos paguen multas muy elevadas.

Por supuesto, esta solución tiene importantes problemas. Así, habrá sujetos que no pueden pagar multas, y para ellos no quedaría otra opción que acudir a la pena privativa de libertad. No sólo esto: si la fórmula elegida es la de «baja probabilidad de condena/alta pena», los problemas de insolvencia se harán más agudos, puesto que, en las pocas ocasiones en las que haya que pagarla (serán pocas porque muchos sujetos habrán sido disuadidos), la multa será elevada. De esta forma, aquí sí estaríamos verdaderamente ante el justamente denostado «derecho penal de las clases altas y bajas»: multas para los que las pueden pagar, cárcel para los que no<sup>62</sup>.

Me gustaría, sin embargo, llamar la atención sobre cómo el problema es común a todo análisis político-criminal que pretenda utilizar la pena de multa como sanción y que pretenda hacerlo en sociedades en que algu-

---

<sup>62</sup> La cuestión no ha pasado desapercibida entre quienes llevan a cabo análisis económico del delito, v. Montero/Torres (1998, p. 98): «Estos planteamientos terminan por poner sobre la mesa un asunto principal: la asunción de un doble rasero penal que no remedia, sino que perpetúa las desigualdades sociales». Nótese sin embargo que el AED puede también llevar a prescripciones menos amables con las «clases altas»: teniendo en cuenta que los delitos de cuello blanco tienen por lo general una menor probabilidad de condena, el AED sugiere que se compense con un aumento de la gravedad de la pena.

nos de sus miembros tienen dificultades económicas. Para paliar este efecto, el derecho penal positivo español ha optado por el conocido sistema días-multa, que supone una primera posibilidad de corrección al problema visto. Sin embargo, ni siquiera con esta modificación es posible evitar que acabe dándose la «prisión por deudas». Con esta observación no pretendo acudir a la idea de «mal de muchos...» que, como es sabido, sólo consuela a los tontos. Pienso más bien que lo que se muestra es una inusual persistencia del problema, que nos obliga a reformularnos la pregunta, que ahora sería: ¿estamos dispuestos a dejar de utilizar este tipo de sanciones por el hecho de que en ocasiones produzcan quiebras del principio de igualdad? La respuesta dependerá de la teoría ética que uno prefiera. Desde el punto de vista consecuencialista (no bienestarista) que a mí me convence, habría que investigar cuál es la probabilidad de que finalmente una persona no pueda pagar la multa en cuestión y acabe en la cárcel. Cuanto más elevada sea ésta, menos justificación encontrará la aplicación de esta medida. En cualquier caso, esto no debe distraer la atención sobre la conclusión previamente alcanzada: *ceteris paribus*, el AED se inclina por la pena de multa, no por la prisión.

— *La disuasión marginal*

A la hora de pronunciarse sobre la sanción ideal también hay que tener en cuenta el problema de la denominada «disuasión marginal»<sup>63</sup>. Para ejemplificarlo, piénsese en la situación que se produce al prever penas muy elevadas para delitos de gravedad media. Si un delito de gravedad media (pongamos: robo con violencia) se castiga con una pena muy elevada (pongamos: de veinte a treinta años de prisión), se podría incentivar a quien comete el robo con violencia a la comisión de otros delitos, teniendo en cuenta que, confrontado con la elevada pena del delito menos grave, puede considerar que tiene poco que perder con la comisión del más grave, y quizás algo que ganar (así, en el caso del robo con violencia, la comisión de un homicidio puede incrementar las posibilidades de fuga o servir para dificultar la ulterior identificación del delincuente)<sup>64</sup>. De este modo, cobra sentido mantener cierta proporcionalidad entre los delitos y las sanciones y castigar los delitos más graves con penas más graves.

---

<sup>63</sup> La llamada de atención sobre la cuestión en el moderno análisis económico del delito se debe a Stigler (1970, p. 57), si bien el tema ya aparece en Beccaria y Bentham.

<sup>64</sup> Las consideraciones de disuasión marginal no sólo deben ser tenidas en cuenta por el legislador. En el Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo celebrado el 19 de octubre de 2001, se modificó al alza la cantidad de dosis que conducían a la aplicación de la agravante de «cantidad de notoria importancia», pasándose de 200 a 500. Entre las razones para tal decisión se adujo «la evidencia que nos proporciona la Criminología y Sociología Criminal, de que siendo tan bajos los límites de arranque de la agravación, por así haberlos señalado esta Sala, que no el legislador, se primaba

— *El «descuento del futuro»*

Por último, la investigación empírica ha mostrado que entre los seres humanos se da el fenómeno conocido como «descuento del futuro», consistente en la atribución en el presente de una menor utilidad (positiva o negativa) a los eventos futuros, tanto menor cuanto más alejados en el tiempo se encuentren. Como es evidente, la duración de una pena privativa de libertad se alarga añadiendo años, de modo que si existe una tasa de descuento el sujeto atribuirá una desutilidad cada vez menor a los años sumados, haciendo que el coste esperado del delito no se incremente de modo proporcional al de la gravedad de la pena. Con una tasa de descuento del 10%, una pena de 10 años de duración supone una desutilidad que es sólo 6,1 veces mayor que la que representa una pena de un año, y no las 10 veces que sería de esperar si no existiera tasa de descuento<sup>65</sup>. En estas circunstancias, el atractivo de la fórmula «baja probabilidad/alta gravedad» se ve reducido en el caso de sanciones cuyo cumplimiento se prolonga en el tiempo.

Hasta aquí hemos visto una serie de argumentos que suelen ser considerados de corte técnico y que han de ser tenidos en cuenta tanto a la hora de decidir sobre el tipo de sanción como sobre su concreta configuración. Cada uno de ellos apunta razones por las que matizar la noción inicial de que la pena ideal para el AED consiste en «penas de prisión de larga duración», y en conjunto simplemente acaban con tal cliché. Sin embargo, se puede ir todavía más lejos: para que el AED

---

indirectamente a los grandes traficantes. Igual o similar pena podría imponerse por ser sorprendido con 150 gramos de cocaína pura, que con 5 kilos de esa misma sustancia, por ejemplo» (Granados Pérez 2003, p. 223). La decisión resulta ejemplar, y no sólo desde el punto de vista de la disuasión marginal, sino también desde otras perspectivas, señaladamente la proporcionalidad. Lo preocupante, desde el punto de vista del principio de legalidad, es que una decisión de este tipo pueda ser tomada por el Tribunal Supremo en lugar de por el legislador (por cierto que, con toda probabilidad, para obtener la «evidencia» de la que habla el TS operó con una versión informal de la elección racional antes que con estudios criminológicos o de sociología criminal —y si hizo esto último, ¿por qué no identifica los estudios en cuestión?—).

<sup>65</sup> El problema que representa la tasa de descuento fue introducido en el análisis económico formal por Block/Lind (1975, pp. 481-482). Para una exposición reciente y muy desarrollada formalmente v. Polinsky/Shavell (1999, *passim*); para una exposición menos pormenorizada pero más asequible v. Posner (1998, pp. 249-250). Por supuesto, la tasa de descuento dependerá de factores personales y sociales. Así, no es difícil imaginarse que un sujeto sin expectativas laborales o personales tenga una tasa de descuento superior a otro que las tiene. De modo complementario, es de esperar que los sujetos que tengan mayores tasas de descuento se vean sobrerrepresentados entre los delincuentes, ya que la desutilidad que les produce la amenaza de sanción es menor (en este sentido Polinsky/Shavell 1999, p. 4, nota 5).

pudiera servir de punto de apoyo para la exasperación punitiva se necesitarían algo más que unas conclusiones técnicas<sup>66</sup>.

*ii La política criminal ideal (análisis normativo-ético y problemas de recepción del enfoque)*

«Tomando como algo dado el objetivo de limitar el robo, el economista puede ser capaz de mostrar que los medios a través de los cuales la sociedad ha intentado conseguir su objetivo son ineficientes: que la sociedad podría conseguir más prevención, a menor coste, usando otros métodos. *Si estos otros métodos más eficientes no comprometieran otros valores*, serían socialmente deseables, incluso si la eficiencia estuviera en la parte baja del tótem de valores sociales» (Posner 1998, p. 27, énfasis añadido).

Ya lo sabemos, pero tal vez merezca la pena repetirlo: las conclusiones alcanzadas por medio de análisis normativo-técnico no pueden ser directamente consideradas propuestas de política pública; para ello deben ser admisibles desde el punto de vista ético<sup>67</sup>.

Sin embargo, no es muy habitual que los analistas económicos del derecho se planteen en qué consiste la justicia de la que se habla y que permite decidir entre los distintos sistemas de reducción (prevención) de delitos. Esto, sin duda alguna, se debe al entendimiento predominantemente técnico de su labor, pero puede causar una impresión de falta de preocupación por los temas normativo-éticos, así como cierta pérdida de relevancia de su trabajo. Siguiendo el ejemplo del análisis de las medidas contra el robo que nos ofrecía Posner, algunas posibilidades de actuación son excluibles *ab initio* por su incompatibilidad con nociones éticas fundamentales ampliamente compartidas en nuestro entorno cultural y recogidas en los textos constitucionales. Sin embargo, tales medidas reciben atención por parte de los analistas económicos del derecho, que refinan los modelos que las analizan sin considerar que desde un principio resultan éticamente inadmisibles. De este modo, no sólo se invierten recursos intelectuales en el análisis de medidas que no tienen oportunidades de llegar a ser implementadas sino que, de modo innecesario, se aliena al lector poco habituado a los usos analíticos mencionados. El resultado del análisis puede ser técnicamente impecable, pero no será susceptible de aplicación en

---

<sup>66</sup> De acuerdo Wittig (1993, pp. 178-179), apuntando que las conclusiones de este tipo de análisis han sido deformadas por los partidarios del movimiento «ley y orden» (*law and order*) en los Estados Unidos.

<sup>67</sup> Kaplow/Shavell (2002, p. 32, nota 35) apuntan cómo «algunos analistas económicos del derecho, como otros analistas, se aprestan con excesiva rapidez a efectuar recomendaciones de política pública basadas en un análisis incompleto».

un marco social que se define no sólo en torno a parámetros positivos y empíricos, sino también normativos<sup>68</sup>. Se erraba al considerar que el escaso éxito del análisis económico del crimen entre los juristas era debido a la inexistencia de una teoría económica del derecho penal sustantivo<sup>69</sup>: en realidad, el principal problema estriba en la falta de atención a consideraciones éticas, que confiere a esta literatura un aspecto poco atractivo, cuando no grotesco, desde la perspectiva de los juristas.

En numerosos casos, las contribuciones con las que los economistas inauguraron el estudio económico de las distintas ramas del derecho fueron rápidamente seguidas por otras de corte más jurídico, hasta llegar a conformar un cuerpo de conocimientos propio y con gran influencia en la academia estadounidense. En clara contraposición, incluso en EEUU el análisis económico del derecho penal ha seguido siendo una empresa participada de un modo muy predominante por economistas, sin conseguir ocupar un lugar de influencia entre penalistas y criminólogos<sup>70</sup>. Parte importante de la responsabilidad por esta situación debe recaer en la forma como se han hecho estos estudios.

---

<sup>68</sup> Este extremo fue advertido y analizado por Klevorick (1985, *passim* y especialmente pp. 295-297), poco después y de manera más crítica por Coleman (1985, *passim* y especialmente pp. 154-155 y 163-165) y, finalmente, por Lewin/Trumbull (1990, pp. 278-282). Las importantes observaciones de estos autores, sin embargo, han encontrado escaso eco en la literatura.

<sup>69</sup> Esto sostenía Posner (1984, p. 311), quien inmediatamente después intentaría elaborar tal teoría (Posner 1985), sin que los resultados fueran especialmente convincentes. Posner pretende mostrar que se puede otorgar significado económico al derecho penal sustantivo, y en concreto que éste puede interpretarse como un mecanismo que promueve la eficiencia (p. 1.194). Su análisis resulta insuficiente: Posner no pasa de mostrar que en la formulación de la teoría de la imputación se tienen en cuenta las consecuencias, y no parece que esto baste para entender que esta teoría tiene «significado económico», si no es en un sentido muy laxo y poco significativo del término «económico». Al margen de éste, existen pocos intentos de dotar de sentido económico al derecho penal sustantivo, y no van tan lejos. Así, v. Shavell (1985, pp. 1.247-1.259), quien advierte que su análisis se limita a la disuasión y no abarca otras posibles metas del derecho penal (obra citada, p. 1.232, nota 1) y Hirsch (1999, pp. 219-227).

<sup>70</sup> Una opinión compartida por quien es probablemente el no-economista que más apoya la introducción de este análisis en la política criminal, John DiLulio (1996, p. 4), para quien, deseos aparte, sigue siendo cierto que la mayoría de los que investigan, escriben o legislan sobre el crimen en Estados Unidos consideran que el análisis económico tiene poco que aportar en esta materia. De igual modo para el Reino Unido, Pyle (1995, pp. 17-18): a pesar de los avances y el interés del enfoque económico éste no es tenido en cuenta por los criminólogos, y tampoco por las autoridades en la toma de medidas político criminales. La escasa penetración de las ideas del AED respecto al delito, sobre todo en comparación con otros aspectos ya fue puesta de relieve por Klevorick (1985, p. 305, nota 3): “En el caso de la responsabilidad extracontractual, un académico puede estar en contra de este enfoque, pero ha de tenerlo en cuenta. Esto no ocurre con el análisis económico del crimen”. Es cierto que en no pocas ocasiones se tiene en cuenta contribuciones empíricas llevadas a cabo por economistas (en especial estudios econométricos), pero esto no altera lo expuesto, ya que su consideración se limita tomarlas en cuenta como datos empíricos.

Por su parte, ya se comentó en la introducción que los penalistas alemanes tienden a representarse el AED como un monstruo político-criminal que da al traste con derechos y garantías para conseguir su objetivo de reducir el número de delitos<sup>71</sup>. En esta identificación es altamente probable que haya influido que alguien tuviera la mala idea de referirse a los preocupantes desarrollos político-criminales de los últimos tiempos con la expresión «derecho penal orientado a la eficiencia», popular en el área de influencia de la penalística alemana. La identificación parece servida: tanto el AED como esta política criminal positiva tienen en la eficiencia uno de sus elementos más característicos, y siendo esta política criminal algo a superar, no se ve qué incentivos hay para animarse a incorporar al propio utillaje conceptual una teoría que presenta puntos de contacto con ella.

Sin embargo, la anterior opinión se sostiene sobre varias equivocaciones. No sólo el AED no conduce de forma irremediable a políticas criminales de signo draconiano, sino que también hay motivos para replantearse la denominación que se le ha dado al fenómeno detrás de la expresión «derecho penal orientado a la eficiencia»: ¿a qué eficiencia? No desde luego a la eficiencia en alguno de sus sentidos económicos, y no siendo así nos queda la eficiencia como parte de la razón práctica, la eficiencia en sentido racional-instrumental. En este sentido, sin embargo, la eficiencia es un predicado instrumental y no tiene sentido decir que un derecho se orienta a ella: el derecho se orientará a la consecución de ciertos valores/objetivos y pretenderá su eficiente consecución. A lo que se orienta ese derecho penal es por tanto a esos valores u objetivos y no a la eficiencia. Seguramente lo que se quiere decir es que en el dilema «garantías-prevención» la balanza se está inclinando peligrosamente del lado de la prevención. Difícilmente se puede dejar de estar de acuerdo con esta apreciación, pero esto no tiene nada que ver

<sup>71</sup> En este sentido, v. las referencias contenidas *supra* en la nota 6. En España sólo hay un artículo escrito por un penalista en el que se dé cuenta de los problemas y las posibilidades de este enfoque para el derecho penal (Silva Sánchez 1996), si bien la presentación del enfoque y sus aportaciones al análisis político-criminal ya fue hecha diez años antes (Pastor 1986). La utilización por parte de los penalistas de las categorías o métodos del AED a problemas concretos son igualmente escasas. Entre las pocas excepciones pueden verse, de parte general, Paredes Castañón (1996), quien aplica ciertas nociones del AED a la delimitación de imprudencia y riesgo permitido (v. especialmente pp. 930-933 y 941-942: en el resto del artículo, aunque se hace amplio uso del término eficiencia, se hace en su sentido racional-instrumental y no propiamente económico, algo de lo que no parece ser consciente el autor, que cita en su apoyo a autores que defienden conceptos económicos de eficiencia); sobre cuestiones político-criminales, el interesante artículo de Pozuelo (2003, *passim*, p. ej. pp. 22 y 28), donde se lleva a cabo una tan sencilla como productiva utilización del concepto de valor esperado de la sanción para plantear de modo más concreto a como se ha venido haciendo algunos aspectos de la polémica sobre la expansión del derecho penal.

con la eficiencia. También la construcción de un sistema de justicia criminal respetuoso con las garantías tiene que tener en cuenta consideraciones de eficiencia en su construcción, y además el problema no está en que se quiera prevenir (la prevención es un objetivo loable del derecho penal), sino en el *cómo*.

La incapacidad de la doctrina alemana para apreciar esta distinción tiene sin duda que ver con su secular aversión a todo lo que tenga que ver, aun de manera vaga, con la racionalidad instrumental y el consecuencialismo<sup>72</sup>. Hace unos años se preguntaba Klug (1989, p. 34) por qué «antes como ahora, cada vez que se habla de utilidad, de objetivos o de felicidad humana, se asocian ideas de utilidad material, objetivos subalternos o de una felicidad barata». Exactamente lo mismo podría decirse del término «consecuencia». La cuestión nos queda cercana a los penalistas: el lector sólo ha de pensar en aquellas ocasiones en las que se pretende descalificar la actual política criminal positiva hablando de un «derecho penal meramente orientado a las consecuencias». Lo que se quiere decir es que ese derecho penal (en realidad: esa política criminal) prescinde de garantías, o que no les otorga suficiente importancia. Sin embargo, conceptualmente y al margen de los usos lingüísticos que le sean más gratos a la actual comunidad de penalistas académicos, una política criminal que tuviera como preocupación fundamental la salvaguarda de las garantías también estaría «orientada a las consecuencias», entendiéndose aquí por «consecuencia» el respeto de las garantías.

Al utilizar la expresión «derecho penal meramente orientado a las consecuencias» se pretende contraponer las «consecuencias» al respecto de las garantías, pero esta distinción está por completo ayuna de apoyo conceptual, ya que «consecuencia» de una política criminal es tanto el respeto de una garantía como su lesión. Evidentemente, se pretende establecer una definición emotiva (de carácter negativo) del término «consecuencia», apoyada en el uso del adverbio «meramente». Sin embargo, ni se explicita esta redefinición del término «consecuencia», ni se dan argumentos que justifiquen apartarse de su uso habitual (que, por cierto, sigue apareciendo en el resto de las parcelas de la argumentación jurídico-penal, en las que «consecuencia» es usado de modo prácticamente intercambiable con «resultado»).

Mal pintan las cosas para el «derecho penal orientado a las consecuencias», cuando sus partidarios resultan tener una relación antagó-

---

<sup>72</sup> En opinión de Ringer (1997, pp. 7-8), este fenómeno tiene que ver con la configuración de la educación superior alemana en torno a la noción de *Bildung* y su preferencia por la elaboración teórica abstracta sobre los saberes con pretensiones de transformación de la realidad.

nica con aquello conforme a lo que dicen orientarse. Hasta que los conceptos no se aclaren, el derecho penal seguirá impermeable no ya a los desarrollos del AED, sino a los de cualquier otra disciplina de las que efectivamente tienen en cuenta las consecuencias. Y de esta situación no puede responsabilizarse a los analistas económicos del derecho.

## Bibliografía

- ABELL, Peter: «Is Rational Choice Theory a Rational Choice of Theory?», en Coleman/Fararo (eds.): *Rational Choice Theory. Advocacy and Critique*. Sage, Londres et al, **1992**, pp. 183-206.
- AKERS, Ronald L.: *Criminological Theories. Introduction and Evaluation*, 2ª ed, Fitzroy Dearborn Publishers, Chicago/Londres, **1999**.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos: *Causalidad y normatividad*. Editorial MAD, Sevilla **2001**.
- BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos: «Justicia y eficiencia», en VVAA: *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid **2002**, pp. 243-277.
- BECCARIA, Cesare: *Tratado de los delitos y de las penas*. Comares, Granada 1996 (originalmente publicado en **1764**, fecha por la que se cita).
- BECKER, Gary: «The Economic Way of Looking at Life», en *Accounting for Tastes*, Harvard University Press. Cambridge (EEUU) 1996, pp. 139-161 (originalmente publicado en **1993**, fecha por la que se cita).
- BECKER, Gary: «Crime and Punishment: An Economic Approach», en Stigler (ed.): *Chicago Studies in Political Economy*, University of Chicago Press, Chicago/Londres 1988, pp. 537-592 (publicado originalmente en **1968**, fecha por la que se cita).
- BENTHAM, Jeremy: «An Introduction to the Principles of Morals and Legislation», en Alan Ryan, ed.: *John Stuart Mill and Jeremy Bentham, Utilitarianism and Other Essays*, Penguin, Londres, 1987 (original de **1789**, fecha por la que se cita).
- BLOCK, Michael K./HEINEKE, J.M.: «A Labor Theoretic Analysis of the Criminal Choice», en *American Economic Review*, **1975**, pp. 314-325.
- BLOCK, Michel K./LIND, Robert C.: «Crime and Punishment Reconsidered», en *Journal of Legal Studies*, enero de **1975**, pp. 241-247.
- BOCK, Michael: *Kriminologie. Für Studium und Praxis*, 2ª ed. Vahlen, Munich **2000**.
- BUCHANAN, Allen: *Ethics, Efficiency, and the Market*. Clarendon Press, Oxford **1985**.
- BUNGE, Mario: *Buscar la filosofía en las ciencias sociales*. Siglo XXI, México/Madrid, 1999 (traducción del original en inglés, de **1996**, fecha por la que se cita).
- BUNGE, Mario: *Economía y filosofía*, Tecnos, Madrid **1982**.
- BURROWS, PAUL/VELJANOVSKI, Cento G.: «Introduction: The Economic Approach to Law», en (los mismos) *The Economic Approach to Law*. Butterworths, Londres et al **1981**, pp. 1-34.
- CALSAMIGLIA, Albert: «Eficiencia y Derecho», en *Doxa*, n.º 4, **1987**, pp. 267-288.

- CASAS PARDO, José: «Estudio Introductorio», en Elster: *Las limitaciones del paradigma de la elección racional: las ciencias sociales en la encrucijada*, Diputación de Valencia **2001**, pp. 11-39.
- CLARKE, Ronald V. / CORNISH, Derek B.: «Rational Choice», en Paternoster /Bachman (eds.): *Explaining Criminals and Crime. Essays in Contemporary Criminological Theory*. Roxbury Publishing, Los Angeles **2001**, pp. 23-42.
- CLARKE, Ronald V. / CORNISH, Derek B.: «Modeling Offender's Decisions: A Framework for Research and Policy», en Tonry/Morris (eds.): *Crime and Justice*, volumen 6, University of Chicago Press **1985**, pp. 147-185.
- CLARKE, Ronald V. / FELSON, Marcus: «Criminology, Routine Activity, and Rational Choice», en los mismos (eds.): *Routine Activity and Rational Choice*, Transaction Publishers, New Brunswick (EEUU)/Londres, **1993**, pp. 1-14.
- COLEMAN, James S./FARARO, Thomas J.: «Introduction», en Coleman/Fararo (eds.): *Rational Choice Theory. Advocacy and Critique*. Sage, Londres et al, **1992**, pp. IX-XXII.
- COLEMAN, Jules L.: «Crimes, Kickers and transaction structures», en (el mismo) *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, 1988, pp. 153-165 y 359-60 (notas) (publicado por primera vez en **1985**, fecha por la que se cita).
- COOTER, Robert / ULEN, Thomas: *Economic Analysis of Law*, 4ª ed. Addison-Wesley, Boston et al, **2004**.
- DAU-SCHMIDT, Kenneth G.: «An Economic Analysis of the Criminal Law as a Preference-Shaping Policy», en *Duke Law Journal* **1990**, pp. 1-38.
- DAVIDSON, Donald: «Expressing Evaluations», en (el mismo): *Problems of Rationality*. Oxford University Press, Oxford 2004 (publicado originalmente en **1984**, fecha por la que se cita), pp. 19-37.
- DI LULIO, John J. Jr.: «Help Wanted: Economists, Crime and Public Policy», en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 10, nº1, **1996**, pp. 3-23.
- DOMÈNECH, Antoni: «Algunos enigmas de la racionalidad económica», en García Albea et al (coordinadores.): *Los límites de la globalización*. Ariel, Barcelona **2002**, pp. 65-84.
- DOMÈNECH, Antoni: «Ética y Economía de Bienestar: una Panorámica», en Guariglia, Osvaldo (editor): *Cuestiones Morales, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta/CSIC, **1996**, pp. 191-222.
- DONOHUE III, John J./SIEGELMAN, Peter: «Allocating Resources Among Prisons and Social Programs in the Battle Against Crime», en *Journal of Legal Studies*, vol. XXVIII, enero de **1998**, pp. 1-43.
- DUXBURY, Neil: *Patterns of American Jurisprudence*. Clarendon Press, Oxford **1995**.
- EHRlich, Isaac: «Crime, Punishment, and the Market for Offenses», en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 10, nº1, **1996**, pp. 43-67.
- EHRlich, Isaac: «On the Usefulness of Controlling Individuals: An Economic Analysis of Rehabilitation, Incapacitation, and Deterrence», en *American Economic Review* 71, **1981**, pp. 307-322.
- EHRlich, Isaac: «Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis», en Becker/ Landes (eds): *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, National Bureau of Economic Research/Columbia University Press, Nueva York/Londres **1974**, pp. 68-134.

- EIDE, Erling: «Economics of Criminal Behavior», en Bouckaert/De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume V. *The Economics of Crime and Litigation*. Edward Elgar, Cheltenham **2000**, pp. 345-389 (disponible en: <http://encyclo.findlaw.com/>, visitado el 10 de octubre de 2004).
- EIDE, Erling: *Economics of Crime. Deterrence and the Rational Offender*. North Holland, Amsterdam et al **1994**.
- EIDENMÜLLER, Horst: *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, J. C. B. Mohr, Tubinga **1995**.
- ELLICKSON, Robert C.: «Trends in Legal Scholarship: a Statistical Study», en *Journal of Legal Studies*, volumen XXIX, enero de **2000**, pp. 517-543.
- ELSTER, Jon: *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge University Press, **1989**.
- ESSER, Harmut: *Soziologie. Allgemeine Grundlagen*, 3ª ed. Campus, Frankfurt/Nueva York, **1999**.
- ESTANY, Anna: *Vida, muerte y resurrección de la conciencia. Análisis filosófico de las revoluciones científicas en la psicología contemporánea*. Paidós, Barcelona **1999**.
- FARBER, Daniel: «Of Coase and the Canon: Reflections on Law and Economics», en Balkin/Levinson (eds.): *Legal Canons*. New York University Press, Nueva York/Londres **2000**, pp. 184-207.
- FREEMAN, Richard B.: «Why Do So Many Young American Men Commit Crime and What Might We Do About It?», en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 10, nº1, **1996**, pp. 25-42.
- FRIEDMAN, David D.: *Law's Order. What Economics has to do with Law and Why it Matters*. Princeton University Press. Princeton, New Jersey **2000**.
- FRIEDMAN, Jeffrey: *The Rational Choice Controversy. Economic Models of Politics Considered*. Yale University Press, New Haven/Londres, **1996**.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «Recensión a 'Frontiers of Legal Theory', de Richard A. Posner», en *Indret 2/2002* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- GONDRA, José María: «¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? (A propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la 'eficiencia económica')», en *Revista de Derecho Mercantil* n.º 226, octubre-diciembre de **1997**, pp. 1.545-1.672.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús: «El análisis económico del Derecho: algunas cuestiones sobre su justificación», en *Doxa* n.º 15-16, vol. II, **1994**, pp. 929-943.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos: *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del T.S. para unificación de jurisprudencia: años 1991-2002*. Tirant lo Blanch, Valencia **2003**.
- GREEN, Donald P. / SHAPIRO, Ian: «¿Por qué han sido tan poco esclarecedoras las explicaciones de lo político en términos de elección racional?», en *Revista Internacional de Filosofía Política*, junio de **1995**, pp. 89-124 (trad. Francisco Álvarez).
- GREEN, Donald P. / SHAPIRO, Ian: *Pathologies of Rational Choice Theory. A Critique of Applications in Political Science*. Yale University Press, New Haven/Londres **1994**.
- HART, Herbert L. A.: «Positivism and the Separation of Law and Morals», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Clarendon Press, Oxford 1983 (originalmente publicado en **1958**, fecha por la que se cita), pp. 49-87.

- HASSEMER, Winfried: «Persona, mundo y responsabilidad», en (el mismo), *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia **1999**, pp. 157-188.
- HIERRO, Liborio L.: *Justicia, igualdad y eficiencia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid **2002**.
- HIRSCH, Werner Z.: *Law and Economics. An Introductory Analysis*. 3ª ed., Academic Press, San Diego et al **1999**.
- HÖRNLE, Tatjana: «Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre», en *Juristen Zeitung* **1999**, pp. 1.080-1.089.
- JHERING, Rudolph VON: *La lucha por el derecho*. Doncel, Madrid 1976 (traducción de Adolfo Posada del original alemán aparecido en **1872**, fecha por la que se cita).
- KAHAN, Dan M.: «Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence», en *Michigan Law Review*, vol. 95, agosto de **1997**, pp. 2477-2497.
- KAPLOW, Louis/SHAVELL, Steven: *Fairness versus Welfare*. Harvard University Press, Cambridge (EEUU) **2002**.
- KARSTEDT, Susanne/GREVE, Werner: «Die Vernunft des Verbrechens. Rational, irrational oder banal ? Der 'Rational-Choice' -Ansatz in der Kriminologie», en Bussmann/Kreissl (eds): *Kritische Kriminologie in der Diskussion*. Westdeutscher Verlag, Opladen **1996**, pp. 171-210.
- KELLEY, Stanley: «The Promise and Limitations of Rational Choice Theory», en Jeffrey Frieman (ed.): *The Rational Choice Controversy. Economic Models of Politics Considered*. Yale University Press, New Haven/Londres, **1996**, pp. 95-106.
- KING, Gary / KEOHANE, Robert O. / VERBA, Sidney: *Designing Social Inquiry. Scientific Inference in Qualitative Research*. University of Princeton Press, Princeton, Nueva Jersey **1994**.
- KITCH, Edmund W.: «Chicago school of law and economics», en Peter Newman (ed.): *The new Palgrave: a dictionary of economics and the law*. Tomo I. Macmillan, Londres **1998**, pp. 227-233.
- KLEVORICK, Alvin K.: «On the Economic Theory of Crime», en Pennock/Chapman (eds.): *Nomos*, n° XXVII, **1984**, pp. 289-309.
- KLUG, Ulrich: «Despedida de Kant y Hegel. (Una crítica iusfilosófica básica)», en *Problemas de la filosofía y de la pragmática del Derecho* (traducción de Jorge M. Seña). Editorial Alfa, Barcelona **1989**, pp. 29-34.
- KORNHAUSER, Lewis A.: «The New Economic Analysis of Law: Legal Rules as Incentives», en Mercurio (ed.): *Law and Economics*, Kluwer, Boston **1989**, pp. 27-55.
- KOROBKIN, Russell B. / ULEN, Thomas S.: «Efficiency and Equity: What can be gained by combining Coase and Rawls?», en *Washington Law Review*, volumen 73, abril de **1998**, pp. 329-348.
- KUMAR KATYAL, Neal: «Deterrence's Difficulty», en *Michigan Law Review*, vol. 95, **1997**, pp. 2.385-2.475.
- KUNZ, Karl-Ludwig: *Kriminologie*, 3ª ed., UTB. Stuttgart **2001**.
- LENK, Hans: «Tipos de racionalidad y crítica a la racionalidad», en (el mismo), *Entre la Epistemología y la Ciencia Social*. Alfa, Barcelona/Caracas 1988 (trad. de Malem Seña del original alemán de **1986**, fecha por la que se cita), pp. 105-132.

- LEWIN, Jeff L./TRUMBULL, William N.: «Social Value of crime?», en *International Review of Law and Economics*, **1990**, pp. 271-284.
- LINDENBERG, Siegwart: «The Method of Decreasing Abstraction», en Coleman/Fararo (eds.): *Rational Choice Theory. Advocacy and Critique*. Sage, Londres et al, **1992**, pp. 3-20.
- MACKAAY, Ejan: «History of Law and Economics», en Bouckaert/De Geest (eds.): *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics. Edward Elgar, Cheltenham **2000**, pp. 65-117 (se puede consultar en: <http://encyclo.findlaw.com/>).
- MALLOY, Robin Paul: «A New Law and Economics», en Malloy/Braun (eds): *Law and Economics. New and Critical Perspectives*. Peter Lang, Nueva York et al, **1995**, pp. 1-29.
- MEDINA ÁRIZA, Juan José: «El control social del delito a través de la prevención situacional», en Stangeland (dir.): *La criminología aplicada*. Poder Judicial, Madrid **1997**, pp. 271-327.
- MONTERO Soler, Alberto/Torres López: *Economía del delito y de las penas. Un análisis crítico*. Comares, Granada **1998**.
- NINO, Carlos Santiago: *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid **1989**.
- NORTH, Douglass C.: *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge (Inglaterra) / Nueva York **1990**.
- OPP, Karl-Dieter: *Methodologie der Sozialwissenschaften. Einführung in Probleme ihrer Theoriebildung und praktischen Anwendung*, 4ª ed., Westdeutscher, Opladen /Wiesbaden **1999**.
- OPP, Karl-Dieter: «Ökonomie und Soziologie: Die gemeinsamen Grundlagen beider Fachdisziplinen», en Schäfer/Wehrt (eds.): *Die Ökonomisierung der Sozialwissenschaften*, Campus, Frankfurt/Nueva York, **1989**, pp. 103-127.
- OVEJERO Lucas, Félix: *Mercado, ética y economía*. Fuhem/Icaria, Madrid/Barcelona **1994**.
- OVEJERO Lucas, Félix: «Teoría, Juegos y Método», en *Revista Internacional de Sociología*, 3ª época, n.º 5, mayo-agosto de **1993**, pp. 5-33.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: «El límite entre imprudencia y riesgo permitido en Derecho penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?», en *ADPCP*, vol. XLIX, Fasc. III, **1996**, pp. 909-942.
- PASTOR PRIETO, Santos: «Sistema jurídico y ciencias sociales: análisis económico del derecho y jurimetría», en Añón et al (coords.): *Derecho y Sociedad*. Tirant lo Blanch, Valencia **1998**, pp. 273-289.
- PASTOR PRIETO, Santos: *Sistema Jurídico y Economía. Una introducción al Análisis Económico del Derecho*. Tecnos, Madrid **1989**.
- PASTOR PRIETO, Santos: «Derecho Penal, Política criminal y economía. Un intento de generalización», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, junio **1986** (Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asua), pp. 525-540.
- PATERNOSTER, Raymond / BACHMAN, Ronet: «Classical and Neve Classical Schools of Criminology. Deterrence, Rational Choice and Situational Theories of Crime», en los mismos (eds.): *Explaining Criminals and Crime. Essays in Contemporary Criminological Theory*. Roxbury Publishing, Los Angeles, **2001**, pp. 11-22.

- POLINSKY, Mitchell A. / SHAVELL, Steven: «On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence», en *Journal of Legal Studies*, vol. XXVIII, enero de **1999**, pp. 1-16.
- POSNER, Richard: «The Law and Economics Movement: From Bentham to Becker», en (el mismo): *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (EEUU)/Londres, **2001**, pp. 31-61.
- POSNER, Richard: *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., Aspen Law & Business, Nueva York **1998**.
- POSNER, Richard: «Introduction: Pragmatism, Economics, Liberalism», en (el mismo) *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge (EEUU)/Londres, **1995**, pp. 1-29.
- POSNER, Richard: «An Economic Theory of The Criminal Law», en *Columbia Law Review*, volumen 85, octubre de **1985**, pp. 1.193-1.231.
- POSNER, Richard: «Comment on 'On the Economic Theory of Crime'», en Pennock/Chapman (eds.): *Nomos*, n° XXVII, **1984**, pp. 310-312.
- POZUELO PÉREZ, Laura: «Notas sobre la denominada «expansión del Derecho Penal»: un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio», en *Revista de Derecho y Proceso Penal* n° 9, **2003**, pp. 13-47.
- PYLE, David J.: «The Economic Approach to Crime and Punishment», en *The Journal of Interdisciplinary Economics*, vol. 6, **1995**, pp. 1-22.
- PYLE, David J.: *The Economics of Crime and Law Enforcement*, St. Martin's Press, Nueva York **1983**.
- RAPPAPORT, Steven A.: *Models and Reality in Economics*. Edward Elgar, Cheltenham, R.U./Northampton, EEUU, 1998.
- RINGER, Fritz: *Max Weber's Methodology. The Unification of the Cultural and Social Sciences*. Harvard University Press, Cambridge (EEUU) **1997**.
- ROBBINS, Lionel: *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2ª ed. Macmillan and Co. Londres et al **1935**.
- SEN, Amartya: *On Ethics and Economics*, Blackwell, Oxford/Cambridge, 1996 (reimpresión del original, publicado en **1987**, fecha por la que se cita).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: «Eficiencia y Derecho Penal», en *ADPCP* **1996**, pp. 93-127.
- SHAVELL, Steven: «Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent», en *Columbia Law Review*, vol. 85, **1985**, pp. 1.232-1.262.
- STIGLER, George J.: «The Optimum Enforcement of Laws», en Becker/Landes (eds): *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. National Bureau of Economic Research/Columbia University Press, New York/London, 1974, pp. 55-67 (publicado originalmente en **1970**, fecha por la que se cita).
- SUNSTEIN, Cass R.: «On Philosophy and Economics», en *Quinnipiac Law Review* **2000**, pp. 333-348.
- TAYLOR, Michael: «When Rationality Fails», en Jeffrey Friedman (ed.): *The Rational Choice Controversy. Economic Models of Politics Considered*. Yale University Press, New Haven/Londres, **1996**, pp. 223-234.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel: «El sustrato antropológico de las teorías penales», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, junio de **1986** (Estudios en Honor al Profesor Luis Jiménez de Asua), pp. 667-678.
- ULEN, Thomas S.: «Book Review: 'Law's Order: What Economics has to do with Law and Why it Matters' by David D. Friedman», en *Santa Clara Law Review* **2001**, pp. 643-659.

- WERNER, Stefan: «Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht: Eine modernistische Variante generalpräventiver Tendenzen?», en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, **1992**, pp. 433-451.
- WITTIG, Petra: *Der rationale Verbrecher. Der ökonomische Ansatz zur Erklärung kriminellen Verhaltens*. Duncker&Humblot, Berlín **1993**.