

Análisis Económico del Derecho Penal. Entre lo irreal y lo eficiente



JOHANN EFRAÍN OPORTO GAMERO

Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
Máster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Prevención y Represión de Blanqueo de Dinero, Fraude Fiscal y *Compliance* por la Universidad de Santiago de Compostela (España).
Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.
Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina).



SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **Análisis Económico y Derecho.**
- III. **¿Para qué existe el Derecho Penal?**
- IV. **¿Por qué castigar al delincuente?**
 1. **En los ilícitos culposos.**
 2. **En los delitos intencionales.**
- V. **La decisión de cometer el delito.**
- VI. **Conclusiones.**

RESUMEN:

En este artículo, el autor explica la importancia de incluir al Análisis Económico del Derecho en el Derecho Penal para que este cumpla sus propósitos de manera eficiente y disminuya el costo social. El precio del delito deriva del castigo y la detección.

Palabras clave: Análisis Económico del Derecho, Derecho Penal, ilícitos culposos, precio del delito, costo social.

ABSTRACT:

In this article, the author explains the importance of including the Economic Analysis of Law in Criminal Law, so it fulfills its purposes efficiently and reduce the social cost. The price of crime derives from punishment and detection.

Keywords: Economic Analysis of law, criminal law, illicit guilty, price of crime, social cost.

I. INTRODUCCIÓN

Todos los ordenamientos jurídicos siempre procuraron establecer un sistema ordenado capaz de responder ante la realidad; sin embargo, su método aislado generó que muchas teorías, propuestas y normas aquejen de irrealismo. Frente a ello, el Análisis Económico del Derecho planteó la necesidad de utilizar razonamientos económicos para dotar de eficacia a las normas jurídicas y, por tanto, hacer eficiente nuestro sistema jurídico.

En lo cotidiano se hace énfasis de que las leyes no solucionan los problemas del país, lo cual es cierto, si consideramos que las normas son elaboradas sin pensar en las consecuencias que éstas puedan generar. Consideramos que, un sistema de normas ordenado sí podría contribuir a ello, en la medida que éstas sean elaboradas bajo criterios de eficiencia. Tengamos en cuenta que, por el principio de legalidad, todas las decisiones del Estado se canalizan a través de Leyes, reglamentos, directivas, resoluciones, etc. En consecuencia, si su voluntad se exterioriza a través de las normas jurídicas, su voluntad será eficiente en la medida que las normas también lo sean.

Las acciones de prevención, detección, investigación, represión y sanción de los delitos se sustentan en normas jurídicas que, principalmente, enmarcan en el Derecho Penal. En consecuencia, el Derecho Penal será eficiente en la medida que las normas que lo integren así lo

sean. Para ello, el Análisis Económico del Derecho brinda un sistema de análisis que se aplica perfectamente al Derecho Penal, aunque normalmente se piense que éste se encuentra diseñado fundamentalmente para el Derecho Privado.

A través de este artículo pretendemos analizar algunos criterios de análisis del Derecho Penal desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, considerando la vinculación del Derecho y la Economía, la finalidad del Derecho Penal y las motivaciones que llevan al delincuente a cometer un delito.

II. ANÁLISIS ECONÓMICO Y DERECHO

Inicialmente, los análisis económicos se limitaron al estudio del comportamiento económico de las personas, familias y empresa — Microeconomía— y los indicadores globales de la economía, como el monto total de bienes y servicios producidos, el nivel de ingresos, etc. — Macroeconomía. Sin embargo, la economía ha procurado extender sus métodos a otros ámbitos de la ciencia social con el propósito de generar soluciones más eficientes, particularmente en el Derecho.

Fue Gary Becker, premio nobel de economía en 1992, quien demostró que el análisis económico sobrepasaba su ámbito, considerando que *“los individuos o los hogares toman decisiones intencionadas cuando intentan maximizar su utilidad y que estas decisiones dependen enormemente*

de incentivos”.¹ Es interesante, por ejemplo, su análisis sobre el matrimonio y el divorcio, según el cual las personas que se casan, normalmente, no buscan información exhaustiva sobre su pareja — antes de casarse—, haciendo que el matrimonio se vea más beneficioso por encima de los costos de obtener información previa; sin embargo, después de algunos meses o años, se obtiene mayor información sobre la personalidad, preferencias y atributos de la pareja, haciendo que, en algunos casos, esta nueva información lleve a ver al cónyuge desde una óptica menos favorable y da fin a la expectativa sobre el beneficio del matrimonio, siendo esta una causa de divorcio. A partir de este análisis podemos concluir que, la asimetría informativa influye en la toma de decisiones, por tanto, la falta de información nos haría creer, en algunos casos, que los beneficios de casarse son mayores a no hacerlo; decisión que podría cambiar si contáramos con mayor y mejor información.

Bajo la lógica propuesta, los sujetos toman decisiones procurando obtener el mayor beneficio posible dependiendo de los incentivos y los costos que involucre su decisión. Por ejemplo, cuando una persona necesita manzanas, buscará obtenerlas al menor precio posible en el supermercado que ofrece un precio bajo; sin embargo, si el costo de trasladarse a este lugar —combustible, pasajes, etc.— incrementa su presupuesto, optará por un mercado cercano que le oferte productos que en promedio le signifiquen un presupuesto menor que la primera elección. Esta es una conducta racional, y la economía asume que las personas optamos por la decisión más eficiente —que nos involucre menos costos y mayores beneficios— que maximice nuestros beneficios.

Si las personas adoptan decisiones procurando maximizar su beneficio a bajo costo ¿También adoptarán este criterio para cumplir o incumplir las Leyes? La pregunta parece ser ilógica y hasta inocente -habría dicho Javert o los posi-

tivistas que las consideran como resultado del ejercicio del *ius imperium* del Estado y, por tanto, el ciudadano debe cumplirlas obligatoriamente, sin ningún análisis previo-. Al respecto Rubio Correa indica que,

*“Un rasgo esencial de la norma jurídica —y en verdad del sistema jurídico en su conjunto—, es el del respaldo de la fuerza del Estado, entendiéndolo por ello que el Estado garantiza el cumplimiento de las normas jurídicas, en caso necesario, mediante el uso de las instituciones públicas y de la propia fuerza de su aparato”.*²

Siguiendo este criterio, las personas se encuentran obligadas a cumplir las leyes, sin importar el costo o el beneficio esperado de hacerlo, pues, de lo contrario, el Estado nos obligara a cumplirlas.

El carácter obligatorio de la norma no admite ningún supuesto de justificación frente a su incumplimiento, salvo algunas excepciones, como la legítima defensa o el estado de necesidad exculpante o justificante en el Derecho penal; sin embargo, la economía ha demostrado que el análisis costo beneficio no está ausente en las decisiones de cumplir o incumplir la norma.

Para la economía, las leyes incentivan o desincentivan conductas, por ejemplo, las normas tributarias gravan determinados productos —como el cigarro— buscando evitar su consumo, haciendo que sus costos se incrementen como consecuencia de la carga tributaria, de tal forma que, al incrementarse el precio se desincentiva la preferencia de adquirirlos, principalmente en las personas con pocos recursos o en quienes carecen de suficiente información sobre los efectos del tabaco. Por el contrario, las normas tributarias que exoneran del Impuesto a la Renta o inafectan del Impuesto General a las Ventas a la actividad educativa, generan que los precios de los servicios educativos se reduz-

1. Campbell R. MacConell, *Economía laboral contemporánea* (Madrid: Edit. McGraw-Hill, 1997), 06.

2. Marcia Rubio Correa, *El sistema jurídico. Introducción al derecho* (Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009), 84.

can, garantizando que más personas accedan a estos servicios.

El análisis costo beneficio no solo es usado por los ciudadanos, como receptores de la norma, sino también por:

“Los legisladores que se preguntan a menudo: “¿Cómo afectará una sanción al comportamiento?” Por ejemplo, si se condena al fabricante de un producto defectuoso a pagar los daños ¿qué ocurrirá con la seguridad y el precio del producto en el futuro? O bien, ¿disminuirá la cantidad de delitos si se encarcela automáticamente a quienes delincan por tercera vez?”.³

Tradicionalmente, todas estas interrogantes son respondidas de manera inadecuada e ineficiente pues, de lo contrario, no se mantendrían vigentes algunas normas como, por ejemplo, el procedimiento de hallazgo de bienes perdidos —artículo 932⁴ del Código Civil— que nadie cumple, ni los ciudadanos ni las instituciones públicas.

A través del Análisis Económico del Derecho se “(...) busca explicar cómo hacemos el análisis costo – beneficio de nuestras decisiones y con ello entender cómo funciona la conducta en el mundo real”.⁵ Así, “la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante las leyes. Esta teoría rebasa la intuición, así como la ciencia rebasa

el sentido común. La respuesta de los individuos siempre es relevante para hacer, revisar, derogar o interpretar las Leyes”⁶, por lo que:

“El papel positivo del análisis económico del derecho el intento de explicar las reglas y los resultados legales tal como son, en lugar de cambiarlos para volverlos mejores (...) puesto que muchas áreas del derecho, sobre todo, pero no únicamente los grandes campos del derecho común de la propiedad, los cuasidelitos, los delitos y los contratos ostentan la marca del razonamiento económico”⁷.

Si el razonamiento económico está presente en las decisiones de los individuos frente a la Ley, también lo estará en el ámbito del Derecho penal. Si es así, ¿Un delincuente analizará el costo o el beneficio que le involucra matar a otro? o antes de practicarse un aborto ¿la madre evaluará la decisión que maximice su beneficio y reduzca los costos de hacerlo? o al momento de elevarse las penas ¿los legisladores analizarán si esta reduce el costo social del delito? A primera vista, nuestra intuición nos diría que no; sin embargo, el Análisis Económico nos demuestra lo contrario.

Para el Análisis Económico, “las conductas delictivas y los mecanismos empleados para su prevención se basa en una idea tan simple como poderosa: que los delincuentes son personas racionales como el que más, y no actúan sino tratando de maximizar sus beneficios individuales”.⁸ Esto nos

-
3. Robert D. Cooter y Tomas Ulen *Derecho y economía* (México: Edit. Fondo de Cultura Económica, 2016), 16.
 4. Artículo 932.- Quien halle un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. Si transcurren tres meses y nadie lo reclama, se venderá en pública subasta y el producto se distribuirá por mitades entre la Municipalidad y quien lo encontró, previa deducción de los gastos.
 5. Alfredo Bullard Gonzales *Análisis Económico del Derecho* (Lima: Edit. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Colección “Lo Esencial del Derecho” No. 35, 20.
 6. Robert D. Cooter y Tomas Ulen. Ob. Cit., 16.
 7. Richard A. Posner *El análisis económico del derecho* (México: Editorial Fondo de Cultura Económica. 2013), 57.
 8. Diego H. Goldman. *Análisis Económico del Derecho Penal y Derecho Penal liberal: confluencias y bifurcaciones*, Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXXVIII, 104 (2017): 16.

conlleva a delimitar dos cuestiones ¿Cuánto debe destinar el Estado para prevenir el delito? ¿qué castigo es eficiente para disuadirlo? Si bien las respuestas a estas interrogantes colisionan con algunas cuestiones de la Teoría del Delito, no es propósito de éste sustituirlo, sino únicamente hacer un análisis económico del Derecho penal con el propósito de contribuir a un sistema legal eficiente.

III. ¿PARA QUÉ EXISTE EL DERECHO PENAL?

El Derecho penal es violencia institucionalizada. A través suyo el Estado ejerce su poder sobre la persona para investigarla e imponerle un castigo⁹, como la multa, la privación de la libertad, la prestación de servicios comunitarios y, en algunos países, la muerte. Esto nos lleva a una cuestión, ¿El Estado para qué usa el Derecho Penal? La respuesta está sujeta a una discusión compleja, según la escuela del Derecho penal a la que nos adscribamos; sin embargo, nuestra legislación optó por una finalidad preventiva, como lo establece la norma I del Título Preliminar del Código Penal.

En criterio del Tribunal Constitucional peruano, al pronunciarse sobre la finalidad de la legislación penal, refiere que:

“Esta disposición orienta al conjunto de las normas sustantivas y procesales, y deben ser interpretadas a la luz de las consideraciones hasta aquí anotadas. Sería un contrasentido si una sociedad democrática tolera la impu-

*nidad en nombre de disposiciones adjetivas que tienen otra finalidad”.*¹⁰

Por tanto, nuestro sistema jurídico concibe que el Derecho penal debe prevenir el delito y no tolerar la impunidad, pues resulta injusto castigar a un inocente y justo castigar al culpable — concepción moral.

Estos criterios se circunscriben en la teoría del “retributismo”, por el que:

*“el derecho penal y la política deberían de hacer lo que es moralmente correcto, sin importar si al hacerlo reducen los costos sociales. Lo correcto es castigar a quienes cometen delitos al dañar intencionalmente a otros, y lo incorrecto es castigar a quienes son inocentes. La extensión del castigo debería ser proporcional a la gravedad del delito. El grado de castigo debería ser proporcional a la severidad del delito, o a qué tan moralmente incorrecto es”.*¹¹

El problema de esta concepción es que direcciona la finalidad de la norma penal hacia cuestiones morales y muy poco reales o eficientes. Si la finalidad del Derecho penal es la disuasión del delito, ésta no se cumplirá si nos remitimos a estos criterios.

Para el Análisis Económico,

“los individuos que delinquen actúan racionalmente con base en incentivos y en la

9. Para efectos de este estudio, utilizaremos el término castigo como equivalente a pena. Si bien nuestro sistema jurídico se adscribe a la teoría de la prevención especial de la pena con funciones preventivas, protectoras y resocializadoras, como bien lo precisa la norma IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal y el Tribunal Constitucional en la STC 00803-2003-HC que precisa “(...) con respecto a los fines de la pena existe, conforme lo enunciado en reiterada jurisprudencia, este Colegiado considera que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el “régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. Desde esta perspectiva, la pena no tiene una función retributiva y, por tanto, no podría ser considerado como un castigo, sin embargo, para efectos económicos éste si es considerada como tal, en la medida que representa un costo para el agente que asume al cometer un delito.

10. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No 2798-2004-HC/TC (Caso Vera Navarrete). Fundamento jurídico 20.

11. Robert D. Cooter y Thomas Ulen, *Ob Cit*, 617.

*expectativa de maximizar su beneficio personal: una persona llevará a cabo un hecho ilícito en la medida en que estime que sus beneficios potenciales resultarán superiores a los costos esperados. Así, por ejemplo, un potencial ladrón evaluará si el botín que espera obtener en un atraco es más valioso que el tiempo que eventualmente podría pasar en prisión si es descubierto por las autoridades. Si, subjetivamente, el valor de los bienes robados resulta mayor que la estimación de potenciales perjuicios, el delito se llevará a cabo. En caso contrario, el sujeto optará por dedicarse a otro tipo de actividad”.*¹²

Es claro que, el beneficio esperado de la actividad delictiva determina la decisión de cometer el delito.

Si las leyes incentivan o desincentivan una conducta, el Derecho penal cumplirá su propósito siempre que prevenga y/o disuada la decisión de cometer el delito. Éste será eficiente siempre que se oriente a: i) reducir los costos derivados del delito —costos sociales y costos privados— y su prevención o disuasión, y ii) reducir la criminalidad. Por ejemplo, el delito genera diversos costos a la sociedad: si un ladrón roba un celular valorizado en S/ 500.00, pero para ello golpea a la víctima en la cabeza causándole una lesión cuya recuperación cuesta S/ 800.00. El ladrón ganó S/ 500.00, pero la víctima perdió S/ 1300.00 —costo del celular más costos de recuperación –daño neto—. De otra parte, supongamos que, el Estado gasta en la prevención del delito —remuneración de policías, cámaras de seguridad, etc. — S/ 200.00 por cada ladrón, esto generará que el costo social más el costo privado ascienda a S/ 1500.00.

Así, la eficiencia se refleja en la reducción de los índices de criminalidad a un menor costo so-

cial y de prevención o disuasión; sin embargo, ¿Hasta qué límite? ¿existe una cantidad óptima de delitos en una sociedad? ¿cuántos delitos estamos dispuestos a tolerar como sociedad? Intuitivamente podríamos decir que ninguno; sin embargo, no existe sociedad libre de crímenes, todas las tienen en mayor o menor medida; aspirar a la desaparición del delito es ideal e imposible. Los gobiernos son conscientes de ello estableciendo políticas de Estado con el propósito de reducir la incidencia delictiva. Por ejemplo, el Plan Bicentenario¹³ estableció como política de Estado al año 2021, reducir al 50% la incidencia de delitos. Si esta es la cantidad óptima de delito al 2021, las normas penales debían orientarse a alcanzar estos objetivos a un bajo costo social.

IV. ¿POR QUÉ CASTIGAR AL DELINCUENTE?

Como indica Ulen y Cooter¹⁴, “cualquier teoría del delito debe responder a dos interrogantes ¿cuáles actos deberían ser castigados? Y ¿en qué medida?”. Nuestro Código Penal establece en el artículo 11 que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por Ley, por tanto, será castigada toda conducta que se halle tipificada como tal en la norma penal. Asimismo, la norma IV del Título Preliminar del Código Penal delinea el principio de lesividad, según el cual toda persona será responsable siempre que su acción u omisión lesione o ponga en peligro bienes jurídicos. Si bien esta definición nos ofrece un marco teórico interesante y sujeto a múltiples discusiones, realizaremos un análisis desde una perspectiva diferente.

1. En los ilícitos culposos.

En toda sociedad se materializan acciones que, accidentalmente o intencionalmente, generan

12. Diego H. Goldman *Ob Cit.*, 17.

13. Plan Estratégico de Desarrollo Nacional basado en el Acuerdo Nacional y en las 31 Políticas de Estado, 2002.

14. Robert D. Cooter y Thomas Ulen *Ob. Cit.*, 615

15. Alfredo Bullard Gonzales *Ob. Cit.* 28.

daños a otros. En el caso de los primeros, el agente no se beneficia con el daño producido. Su situación no mejoró, pero empeoró el de la víctima, por tanto, esta acción no es eficiente para la sociedad. De acuerdo al criterio de Pareto, *“una situación es más eficiente que la anterior cuando una persona mejora sin empeorar la situación de ninguna otra. O, en otras palabras, el mundo está mejor si al menos uno mejoró y nadie empeoró”*.¹⁵ Si el daño empeoró la situación de la víctima, no nos encontramos ante una situación eficiente, por tanto, las leyes y las decisiones judiciales procuran restaurar las cosas a una situación anterior al daño.

Los ilícitos culposos se caracterizan por la preponderancia de la responsabilidad civil. A través del ilícito civil se daña a otra persona, sin que ello necesariamente sea considerado delito –como los accidentes de tránsito- o, aún siéndolo, no exista el interés del Estado por castigar al agente –como el caso del homicidio culposo-. En ambos casos, las leyes procuran que la regla de la compensación se cumpla, como bien lo establece el artículo 1969 del Código Civil —aquel que daña a otro por dolo o culpa, tiene *la obligación* de indemnizarlo— o la establecida en el artículo 93 del Código Penal, sobre la reparación civil.

La finalidad de la compensación es que quien provocó un daño internalice los costos derivados de éste, de tal forma que esta restituya económicamente a la víctima por el daño provocado, equiparándola hasta antes de haberlo sufrido. Por ejemplo, si una persona daña el vehículo de otro y este equivale a S/ 1 000.00, el agente deberá asumir este costo y compensarlo a la víctima, de tal forma que la víctima regresará a su situación antes de haber sido dañada, haciendo que ésta sea indiferente al daño producido; sin embargo, ésta regla de compensación no será eficiente cuando se materializan daños incompensables, como la muerte de un familiar, etc. Por lo que los jueces procuran

que la indemnización sea lo más cercana a una compensación eficiente.

En estos supuestos, la regla de compensación resulta eficiente para responder frente a los ilícitos culposos. En estos casos, la necesidad de disuasión a través de la pena es innecesaria, dado que la norma penal busca, principalmente, compensar a la víctima, antes que sancionar al agente. Esto se advierte, por ejemplo, en los delitos culposos tipificados en el Código Penal como el Homicidio Culposo —artículo 111—, las Lesiones Culposas —artículo 124—, en el que el Ministerio Público se abstiene de ejercitar la acción penal cuando el agente haya reparado a la víctima. En consecuencia, el interés del Derecho penal no recae sobre los ilícitos culposos, sino sobre los delitos intencionales.

2. En los delitos intencionales.

Los delitos intencionales se caracterizan por la voluntad del agente por cometer un delito. El resultado esperado es el beneficio que obtiene el agente; los medios, la posibilidad de detección y la pena son los costos que deberá asumir, como bien lo analizaremos más adelante. Al igual que los ilícitos culposos, estos delitos provocan daños a la víctima y a la sociedad, por tanto, surge *la obligación* de compensar al agraviado con la reparación civil, hasta volver al estado en el que anteriormente se encontraba o, por lo menos, equiparar la situación afectada; sin embargo, ¿Si el agente repara el daño provocado, por qué se le impone un castigo¹⁶? La respuesta radica en la finalidad esperada: la reparación civil compensa el daño, el castigo disuade la comisión de delitos.

Es claro que, a cambio de una compensación económica, la sociedad no puede tolerar conductas como la corrupción, el homicidio, el blanqueo de dinero o la trata de personas, por ello es que las prohíbe. Por ejemplo, si una persona mata a otra, la compensación económica

16. Sobre este supuesto nos estamos refiriendo a los delitos que, en cualquier caso, requieren de una pena. Sin embargo, el artículo 2 del Código Procesal Penal reconoce como eficiente la regla de compensación para delitos leves o culposos a través del principio de oportunidad y el Acuerdo Reparatorio.

no equiparará a las víctimas —sucesores del fallecido— a un estado anterior de la muerte o, es más, el daño provocado por el delito puede resultar significativo para la sociedad y, hasta cierto punto, irreparable. Supongamos que, la falsificación de monedas no constituye delito, por tanto, la cantidad de monedas en el mercado se incrementaría, generando un efecto inflacionario derivado de la existencia de monedas sin respaldo legal. O el robo, permitiría que los agentes no intercambien bienes, sino se apropien de ellos. Siendo estas conductas intolerables para la sociedad, *“el castigo penal trata de disuadir los daños intencionales, no de compensarlos”*¹⁷, por tanto, su interés principal son los delitos dolosos.

V. LA DECISIÓN DE COMETER EL DELITO

Nuestro sistema jurídico reconoce dos tipos de delitos: i) los delitos imprudentes, y ii) los delitos dolosos. En los primeros, el agente es responsable de su falta de cuidado —infracción al deber de cuidado— y, principalmente, por la ausencia de intencionalidad. En los delitos dolosos, el agente actúa con racionalidad -sin importar las cuestiones morales o legales-, para ello determina los medios que le permitan alcanzar sus fines ilegales.

El Derecho penal delimita las etapas de ejecución del delito doloso o *iter criminis* a partir de una fase interna que comprende la ideación, deliberación o resolución o decisión —que no son punibles— y una etapa externa delimitada por los actos preparatorios -no punibles-, los actos de ejecución y los actos de consumación. Si bien, la doctrina tradicional mantuvo esta posición, en los últimos años se percibe un fenómeno de adelanto de punibilidad en nuestra legislación, por el que se incorporan tipos penales destinados a condenar los actos preparatorios, como el delito de organización criminal previsto en el artículo 317 del Código Penal, o

los actos de Promoción o Favorecimiento al Tráfico de Drogas previsto en el artículo 296 de la misma norma.

Para el Derecho penal tradicional, la fase interna y los actos preparatorios del delito no son relevantes, por lo que las normas penales no centran su atención en las motivaciones del delincuente para cometer el delito, sino en las fases de ejecución. Esto provoca que las Leyes penales sean ineficientes, pues para cumplir con la función disuasiva del Derecho penal se requiere de medidas que incidan sobre la fase interna de ejecución del delito.

A diferencia del Derecho penal, para el análisis económico la fase interna si es relevante, pues en estas etapas el agente toma la decisión de cometer el delito valorando factores como el beneficio obtenido, la severidad de la pena, el riesgo de ser descubierto, etc. De acuerdo a la ley de la oferta, cuando el precio se incrementa, la demanda disminuye. Si consideramos que el precio del delito se halla delimitado por la sanción penal y la probabilidad de ser descubierto, a medida que éstos se incrementen el individuo disminuirá su predisposición a hacerlo; sin embargo, si un delincuente busca obtener un bien sustrayéndolo de su propietario, procurará que el beneficio sea mayor al costo que involucra cometerlo, para ello, realiza un análisis previo¹⁸ a la ejecución del delito.

Como indica García Amado,

“la amenaza del castigo penal obra como estímulo negativo, y lo que el sujeto compara es la utilidad positiva de la acción delictiva y la utilidad negativa de la pena. Pero la utilidad negativa que a la pena le calcula el sujeto resulta de la combinación de dos parámetros: la intensidad de la pena legalmente prevista para esa conducta y la probabilidad de la imposición de tal pena para tal conducta suya.

17. Robert D. Cooter y Thomas Ulen *Ob. Cit.*, 624.

18. La mayoría de estos análisis normalmente son realizados de manera voluntaria, considerando que las personas actúan de manera racional procurando mejorar su situación a través de la maximización de sus beneficios.

A su vez, la probabilidad de que la pena se le aplique depende de la combinación de varias probabilidades: la de que sea descubierto y detenido, la de que sea procesado y la de que sea condenado”.¹⁹

Si consideramos que el castigo es el precio que el delincuente tiene que pagar por un delito que le genera determinado beneficio, se entiende que, a mayor precio —castigo—, la demanda de delitos disminuirá. Si las penas altas empeoran la situación del delincuente, este se desalentaría de cometer el delito; sin embargo, el castigo únicamente podría producir este efecto si existiera la certeza de que será castigado; sin embargo, la pena es solo una probabilidad, dado que el agente puede evitar ser descubierto —detección, aprehensión o la condena.

Dada la gravedad del delito: i) el castigo —pena— será mayor, como en los delitos de Homicidio Calificado o Robo Agravado, con penas no menores de 15 y 20 años, respectivamente; ii) las posibilidades de detección son mayores, dado que los Estados destinan mayor presupuesto para detectar, investigar y condenar estos delitos. Una muestra de ello es la creación de las fiscalías especializadas en delitos de crimen organizado o corrupción de funcionarios.

En cualquier caso, si la probabilidad de detección es mayor, la ganancia del delincuente será menor al castigo esperado, por tanto, el delincuente optará por generar mejores mecanismos de evasión, por ejemplo, disminuir las proporciones de droga en el tráfico o utilizar mecanismos sofisticados para evitar su detección o asesinar a la víctima en el delito de violación sexual de menor o depositar los efectos económicos de un delito en un paraíso fiscal.

Si las probabilidades de detección son mayores

en los delitos graves, ¿Por qué el delincuente decide cometer el delito? La razón deriva de la reutilización que obtiene de éste, por lo que buscará mejorar las condiciones para evitar ser detectado.

VI. CONCLUSIONES

Es claro que el Derecho Penal requiere del Análisis Económico para establecer parámetros que le permitan predecir la conducta de los individuos frente al delito, habida cuenta que éstos actúan movidos sobre su beneficio personal. Si esto es así, se requiere valorar los incentivos de la persona, y los costos que afrontará —la sanción y la detección— frente al delito. Si la sanción resulta mayor al beneficio esperado, esto podría desmotivarlos y disminuir la incidencia delictiva o generar mecanismos de evasión más eficientes.

La decisión de cometer un delito deriva principalmente de la reutilización que le genera. Es claro que, delitos como el Lavado de Activos, la Corrupción de funcionarios o el Tráfico de Drogas son delitos que le generan mayor beneficio; sin embargo, su incidencia podría disminuirse si los costos asociados a la detección se incrementan. Advertimos que, el precio del delito deriva del castigo y la detección; sin embargo, el castigo per se no es un costo suficientemente disuasivo para el agente, por lo que el Estado debe destinar mayores recursos en los costos asociados a la prevención y detección.

Si la probabilidad de detección se incrementa, la posible sanción para el agente se incrementará, generando que el delincuente se disuada de cometer el delito. Con ello que el Derecho Penal alcanzará niveles óptimos de delito que representen un menor costo social, haciendo que éste sea más eficiente.

19. Abril Uscanga Barradas y Carlos Humberto Reyes Díaz, *Estudios contemporáneos de teoría y dogmática jurídica iberoamericana* (México: Editorial de la Universidad Autónoma de Madrid. 2020), 77.