



**From the SelectedWorks of Rafael Ramírez
Villaescusa**

January 2012

La economía del delito y de las penas: una
aproximación

Contact
Author

Start Your Own
SelectedWorks

Notify Me
of New Work

La economía del delito y de las penas: una aproximación

Rafael Ramírez-Villaescusa¹

*Para Max Gutiérrez Cohen
Con aprecio y agradecimiento*

Abstract

El presente artículo ofrece una aproximación a los principales postulados de la teoría económica del crimen y del castigo. Al tenor de lo anterior, en un primer apartado nos ocuparemos de los antecedentes intelectuales y de los principales supuestos metodológicos sobre los que se ha edificado la teoría del delincuente racional. Posteriormente, en un segundo apartado, introduciremos al lector en el principal modelo que ha servido de base para explicar la conducta delincinencial desde el punto de vista de la racionalidad económica. En el tercer apartado haremos una breve exposición sobre las implicaciones de la construcción de un sistema penal basado en criterios de eficiencia. Finalmente, en el cuarto apartado expondremos algunas conclusiones.

I. Introducción

Lionel Robbins, un importante economista británico, acuñó una célebre definición para la ciencia económica. Para Robbins la economía podía definirse como: “la ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios limitados que tienen diversa aplicación”.² Lo trascendente en la definición de nuestro autor es que pone su acento en la conducta humana como objeto de estudio y por tanto, abre la puerta a la aplicación del método económico a cualquier tipo de actividad en donde se precise tomar decisiones sobre el empleo de recursos escasos en la consecución de unos fines determinados.³

La definición acuñada, además, explica en buena medida el pretendido carácter imperialista de la ciencia económica: ya que las ciencias sociales procuran explicar el comportamiento humano dentro de distintos contextos, y ya que los hombres se ven a

¹ Doctor en Gobierno y Administración Pública. Profesor de Tiempo Completo del Departamento de Derecho de la Universidad de Sonora. El presente trabajo forma parte de una investigación de mayor calado que se beneficia gracias al generoso apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), a través de su programa de Repatriación. Correo-e: rramirezv@sociales.uson.mx

² Robbins, Lionel, *Ensayo sobre la Naturaleza y Significación de la Ciencia Económica*, trad. de Daniel Cossío Villegas, México, FCE, 2ª ed., 1951, p.39.

³³ Al respecto véase: Montero Soler, Alberto y Juan Torres López, *La Economía del Delito y de las Penas*, Granada, Comares, 1998, p. IX.

menudo en la necesidad de tomar decisiones sobre los recursos con los que cuentan, el método económico bien puede ser extrapolado a explicar algunas decisiones en áreas tan disímbricas como la política, la familia o el derecho. Es en este último rubro, en donde a partir de la década de los sesenta, se gestó un vigoroso movimiento dentro de la academia intelectual norteamericana conocido como “Derecho y Economía”,⁴ mismo que aspira a emplear el método económico para estudiar el impacto de las normas e instituciones jurídicas en la conducta de sus destinatarios, atendiendo a criterios de eficiencia económica.

El Análisis Económico del Derecho (AED), como también es llamada esta metodología, asume que los individuos destinatarios de las normas jurídicas no actúan erráticamente, sino que lo hacen siguiendo una determinada lógica, a la que llamaremos la lógica de la elección racional. Lo anterior significa que los individuos cuentan con capacidad para fijarse objetivos (metas)⁵ y para seleccionar aquellos cursos de acción que consideran mejores para alcanzarlos. Al tenor de lo anterior, las normas jurídicas actúan como restricciones institucionales que imponen “precios” a ciertas conductas y que por, tanto, pueden llegar a afectar a las decisiones de los individuos. Como se puede advertir, la lógica de la elección racional parte del individualismo metodológico, pues son las decisiones individuales lo que constituye el centro del análisis.

Finalmente, el análisis económico del derecho se vale del empleo de modelos simplificados de la realidad para predecir la conducta que los individuos habrán de adoptar cuando se encuentran sometidos a un determinado marco de incentivos. Un modelo no es otra cosa más que una simplificación de la realidad, ya sea en términos verbales, matemáticos o gráficos, que nos permite diseccionarla en sus aspectos más relevantes.⁶ Lo anterior presenta la ventaja de que, en presencia de datos sobre la realidad estudiada, es posible someter a contrastación empírica los modelos utilizados.

⁴ Para una introducción sobre los fundamentos intelectuales de la disciplina véase: Roemer, Andrés, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

⁵ Dichos objetivo o metas son, por otro lado, estables y transitivos. Por lo primero entendemos que no cambian fácilmente en el corto plazo. Por lo segundo entendemos que si un individuo prefiere una alternativa “A” sobre otra “B” y prefiere a “B” sobre una alternativa “C”, entonces deberá también preferir a la alternativa “A” sobre “C”.

⁶ De ninguna manera esto significa suponer que la realidad o el comportamiento humano es sencillo o unidimensional.

La conducta criminal ha sido uno de los temas que más relevancia ha adquirido dentro del estudio económico del derecho,⁷ a tal grado de que para muchos ya puede constituirse como un cuerpo académico autónomo. Parece existir consenso en datar al estudio económico sobre la conducta criminal a partir de la fundamental contribución del premio nobel de economía Gary Becker en 1968.⁸ Para Becker, el delito puede ser explicado como un caso más de las denominadas externalidades negativas⁹ y por ende puede ser estudiado a partir del arsenal analítico de la microeconomía.¹⁰

Al igual que sucede en la aplicación del método económico en otras áreas del comportamiento humano, el análisis efectuado puede realizarse a partir de enfoques positivos o normativos. En el primero de los casos se trata de planteamientos de carácter descriptivo, en tanto que en el segundo se trata de planteamientos prescriptivos. Desde nuestro particular punto de vista, el tratamiento normativo presupone un análisis de carácter positivo. Encontraremos a éste último en la siguiente sección, en tanto que discutiremos algunas implicaciones normativas en el tercer apartado, cuando hablemos sobre la construcción de un sistema penal basado, para su funcionamiento, en criterios de eficiencia económica.

II. El modelo de delincuente racional

El modelo estándar de delincuente racional puede ser planteado en función de un análisis costo-beneficio que el potencial delincuente realiza previo a la toma de decisión. Los beneficios obtenidos por el delincuente dependerán en magnitud y facilidad de

⁷ Como puede inferirse, el empleo del vocablo derecho ocupa una definición más amplia de la que normalmente se le concede en el estudio de la ciencia jurídica. A efectos de nuestro trabajo entendemos por derecho no solo a las normas jurídicas existentes, sino también a las instituciones encargadas de su aplicación y a la relación que guardan ambas con las conductas que tratan de mediar.

⁸ Becker, Gary, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, vol. 76, no. 2, 1968, pp. 169-217. Hay, sin embargo, importantes antecedentes intelectuales en los planteamientos de César Beccaria y Jeremías Bentham, quienes dejaban ver atisbos de un razonamiento económico en sus obras cuando se referían al fenómeno de la criminalidad. No obstante lo anterior, es Becker quien se encarga de dar verdadera estructura y sistematizar el contenido económico en el estudio de dichas conductas. Al respecto véase: Beccaria, César, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, México, Porrúa, 2006., y Bentham, Jeremías, *Un Fragmento sobre el Gobierno*, España, Tecnos, 2010.

⁹ Por externalidades negativas entendemos aquellos efectos no deseados que la conducta de un agente ocasiona sobre el bienestar de terceros, sin que aquél las internalice.

¹⁰ Becker, por otro lado, se ha caracterizado por aplicar el análisis económico en el estudio de un amplio rango de conductas humanas dentro de actividades consideradas tradicionalmente ajenas al mercado: la familia, la discriminación racial, etc.

cuantificación atendiendo al delito que se trate y los podemos ubicar en por lo menos dos categorías: beneficios pecuniarios y beneficios psicológicos.

En algunos delitos los beneficios pecuniarios obtenidos por el delincuente serán cuantificables con relativa facilidad, pensemos por ejemplo en el caso de los delitos de carácter patrimonial. En otros tantos la cuantificación pecuniaria del beneficio podría tender a cero como en el caso de un homicidio por móviles pasionales. Por otro lado, los beneficios psicológicos son difícilmente cuantificables en términos monetarios, pero no por ello menos importantes. En esta categoría encontramos a la satisfacción o al placer derivados de la acción criminal, al deseo de sentirse aceptado dentro de un determinado grupo, entre otros.

Los costos asociados al delito también pueden ser catalogados dentro de las categorías previamente señaladas. Los costos pecuniarios se corresponden con los insumos necesarios para la perpetración del hecho ilícito: herramientas, equipamiento, etc. Por lo que corresponde a los costos psicológicos, éstos pueden manifestarse a través de temor, estrés, ansiedad, remordimiento, etc. Conviene tener presente dos tipos de costos adicionales de gran relevancia: el costo de oportunidad relacionado con el tiempo y el costo esperado de la actividad delictiva en función de la pena prevista por la legislación.

El concepto de costo de oportunidad (*Co*) refiere a la ganancia (utilidad) que dejamos de obtener al rechazar una alternativa de acción respecto de otra. Por ejemplo, el costo de oportunidad que tiene el dejar de trabajar en un día laboral corresponde a lo que hubiésemos percibido en caso de haber trabajado. En éste sentido, el potencial delincuente tiene en el tiempo empleado para la planeación y ejecución del delito un importante costo de oportunidad en relación a la alternativa de generar ingresos a través de una actividad legal. A mayor costo de oportunidad, menores serán los beneficios derivados de la actividad delictiva y por tanto, menor será el incentivo a delinquir. Por el contrario, a menor costo de oportunidad, mayores serán los beneficios obtenidos y por lo tanto mayor será el incentivo a cometer un delito. Por lo tanto, manteniendo otras variables constantes, individuos en situación de desempleo o en condiciones de precariedad laboral pueden

situarse en mayor riesgo de delinquir que aquellos que cuentan con empleos estables y bien remunerados.¹¹

Un último costo asociado al delito que resulta de gran relevancia para el análisis económico de la criminalidad es el que atañe a la sanción que enfrenta el potencial delincuente. La pena, sea esta pecuniaria o privativa de la libertad, puede ser analizada como un precio que se tiene que pagar por desarrollar una conducta delictiva. De acuerdo a la teoría de microeconómica, entre más altos sean los precios, menor será la cantidad demandada de un bien o servicio. Por tanto, entre mayor sea la pena, menor será la disponibilidad de los individuos para delinquir. Lo anterior, sin embargo, asume un supuesto bastante irreal: que los delitos perpetrados siempre son castigados. Como todos sabemos, existen delitos que frecuentemente quedan impunes, lo anterior debido a la ausencia de denuncias o a deficiencias en los sistemas de procuración e impartición de justicia. Por lo anterior se dice que la sanción penal se comporta como un costo o castigo esperado, esto significa que está dado en función de dos variables: la sanción penal propiamente dicha (a la que en lo subsiguiente podemos llamar S) y la probabilidad de que esa sanción sea efectivamente aplicada.

Con los elementos anteriormente apuntados, podemos adelantar un modelo básico sobre la decisión de cometer un hecho ilícito. Dicho modelo asume que el individuo actúa como si realizara un análisis costo-beneficio¹² al que podemos incorporar las siguientes variables: la remuneración pecuniaria (o susceptible de monetización) que se obtiene del delito (R), el beneficio emocional que el delincuente deriva de delinquir (Be), el costo de los insumos necesarios para delinquir (Ci), los costos emocionales asociados al delito (Ce) y finalmente el costo de la sanción penal en caso de que se llegase a aplicar (Cs). Es importante tener en cuenta que así como el de la sanción penal es un valor esperado, la remuneración

¹¹ Evidentemente existen algunas excepciones relacionadas con aquellos delitos que para su comisión requieren que el delincuente se encuentre desempeñando una determinada actividad laboral. Póngase como ejemplo el fraude o el abuso de confianza en el que pueden incurrir los empleados de un establecimiento o los denominados delitos de cuello blanco.

¹² Lo anterior de ninguna forma significa que el potencial delincuente realice con “lápiz y papel” dicho cálculo, sino más bien que su comportamiento asemejaría con bastante proximidad tal situación. Al respecto, Posner rescata un planteamiento sobre la conducta racional previamente desarrollado por Milton Friedman y lo aplica en nuestra materia cuando señala: “La noción del delincuente como un calculador racional parecerá muy poco realista a muchos lectores, sobre todo cuando se aplica a delincuentes que tienen escasa educación o a los delitos no pecuniarios. No obstante... el poder de pronóstico de una teoría es una prueba mejor que el realismo de sus supuestos”. Posner, Richard, *El Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 215.

patrimonial lo es de igual forma, ya que ésta dependerá del éxito en la comisión del delito. Por lo anterior, señalaremos que R está sujeta a una determinada probabilidad (P). El producto de estos elementos en su conjunto nos dará la ganancia estimada del delincuente (Gd):

$$Gd = P * R + Be - Ci - Ce - Cs$$

A efectos de simplificar un poco más el modelo, asumiremos que los individuos que evalúan el cometer delitos son personas neutrales al riesgo, por lo tanto los costos y beneficios emocionales serán iguales a cero:

$$Gd = P * R - Ci - Cs$$

Ahora bien, recordando el concepto de costo de oportunidad (Co) previamente adelantado, al lector le será sencillo deducir que el delito habrá de cometerse en aquellas ocasiones que se cumpla la condición:

$$Gd \geq Co$$

O lo que es lo mismo:

$$P * R \geq Ci - Cs \geq 0^{13}$$

De esta forma y siguiendo a Becker,¹⁴ la oferta agregada de delitos (O) se conformará a partir de la sumatoria de las ofertas individuales, misma que estará dada en función de la sanción penal (s), de la probabilidad de que esa sanción sea aplicada (p) y de todas aquellas variables residuales que de una u otra forma puedan afectar al costo de oportunidad o a la propensión patológica del individuo para delinquir (r). De tal manera que:

¹³ Esto significa que la remuneración esperada del hecho ilícito es igual o mayor que los costos (esperados) que enfrentamos al incurrir en dicha actividad.

¹⁴ Becker, Gary, 1968, *Op. Cit.*, p. 177.

$$O = f(s, p, r)^{15}$$

Evidentemente dentro de r podemos encontrar variables tan disímboles como aquellas que afectan la situación patrimonial del individuo, las oportunidades presentes y futuras para la generación de ingreso, el nivel educativo, la desigualdad social, la presencia de patologías de carácter psicológico, etc. Desde el punto de vista de la política pública en algunas será más fácil de intervenir que en otras. En todo caso, en lo que a nuestra colaboración refiere, queremos hacer énfasis en dos instrumentos de política pública que se desprenden del modelo señalado y que quedan a disposición plena del decisor público: la magnitud de la sanción (s) y la probabilidad de que dicha sanción sea aplicada (p), mismos que como ya lo hemos señalado constituyen lo que denominaremos *sanción esperada* y que no es otra cosa mas que la esperanza estadística de ser efectivamente castigado.

III. Implicaciones normativas del modelo de delincuente racional

Tal y como lo hemos asentado, la economía normativa es de carácter prescriptivo. Lo anterior implica una valoración de los mejores cursos de acción atendiendo a criterios de maximización del bienestar económico. Esto se logra ya sea a través de la maximización del bienestar o de la minimización de los costos asociados a una situación dañosa. El delito como tal puede ser considerado dentro de esta última categoría, al tratarse de una actividad con claras externalidades negativas. En términos de teoría del bienestar creemos que es pertinente tomar en cuenta a los beneficios del delincuente dentro de una función global de utilidad social, pues solo de esta manera podríamos justificar algunas eximentes de responsabilidad penal como aquellas asociadas al estado de necesidad.¹⁶

Tomando en cuenta lo anterior, el delito¹⁷ es socialmente deseable solo cuando los beneficios asociados a su comisión superan a los costos del mismo, en caso contrario lo mejor sería que el delito no se cometiera. El problema estriba en el hecho de que, como todo problema de externalidad negativa, el delincuente no internaliza los costos que su

¹⁵ Esto significa que la oferta de delitos es función de las variables s (sanción), p (probabilidad) y r (otras).

¹⁶ Existe, sin embargo, una controversia todavía abierta en la literatura sobre la materia. En tanto que algunos autores sostienen la posición adoptada en nuestro trabajo, otros tantos señalan que no se deben incluir los beneficios que el delincuente deriva de la comisión de ilícitos dentro de una función global de bienestar.

¹⁷ O cualquier otra infracción a la ley.

comportamiento impone dentro de la sociedad. Estos costos tienen que ver, entre otras cosas, con la modificación de pautas en el comportamiento de las potenciales víctimas, mismas que implican la inversión de recursos en usos no productivos y en casos severos pueden impactar seriamente variables relacionadas con el entorno macroeconómico.¹⁸

Desde el punto de vista de la economía normativa se trataría, entonces, de minimizar los costos asociados a la actividad delictiva. Lo anterior se puede lograr atendiendo a dos objetivos no excluyentes: disminuir el número total de delitos que se cometen e incentivar que se cometan delitos de bajo impacto en lugar de delitos de alto impacto. Lo primero puede ser posible a través de políticas que nos permitan “elevar” los precios asociados a las conductas delictivas, en tanto que lo segundo a través del empleo de políticas que permitan hacer una diferenciación entre los precios de aquellas conductas más graves sobre aquellas menos graves.¹⁹

Los instrumentos más próximos para el logro de tales objetivos son precisamente aquellos que nos permiten aumentar la magnitud de la sanción y/o la probabilidad de que esta sea aplicada. Como ya lo hemos señalado con anterioridad, ambas en conjunto conforman lo que conocemos como castigo esperado. Así, bajo un supuesto de neutralidad al riesgo, una pena prevista para un delito x consistente en 10 años de prisión y cuya probabilidad de ser efectivamente aplicada sea de 0.5, se traducirá en un castigo (sanción) esperado de 5 años. Por lo anterior, es pertinente tomar en cuenta que a efectos de la eficacia disuasoria de la norma penal, lo que interesa es la sanción esperada y no la sanción nominal.

¹⁸ Por poner un ejemplo, a raíz de la ola de violencia que ha afectado a México en los últimos años, el 44% de los ciudadanos dejó de salir de noche, el 25% dejó de tomar un taxi y el 21% dejó de ir a comer o a cenar. Por otro lado, las empresas elevaron sus costos de seguridad en más de un 11%, en tanto que el gasto público federal en materia de seguridad para 2010 fue seis veces mayor que el de 2005. Por otro lado, Raúl Feliz, académico del CIDE, apuntó que la situación delictiva del país ha costado aproximadamente entre un 0.5% y un 0.7% del PIB anual, lo que en términos monetarios representa entre 50 y 60 mil millones de dólares. Lo anterior representa un tremendo costo de oportunidad respecto de los recursos públicos y un severo impacto en sectores importantes para el desarrollo de las economías locales. Fuente: Rivera, Marien, et al., 8 *Delitos Primero. Índice Delictivo*, México, CIDAC, 2012, p.14. Disponible en línea: http://www.cidac.org/esp/cont/publicaciones/Presentacion_8_Delitos_Primeros_Indice_Delictivo_CIDAC.php., y Revista *Aregional*, año 1, no. 9, México, enero 2012, pp. 65-66.

¹⁹ Como por ejemplo en el caso del llamado concurso de delitos.

Así, manteniendo otras variables constantes, a mayor castigo esperado, menor será la propensión a delinquir.²⁰ Como el lector ya podrá haber deducido, toda vez que el castigo esperado es una esperanza estadística, ésta puede conformarse con diversas combinaciones entre magnitud de la pena y probabilidad de castigo. Esta combinación sigue el llamado principio del multiplicador. Por ejemplo, una sanción penal que establece 50 años de prisión y que cuenta con una probabilidad de ser aplicada de 0.10, es en términos esperados exactamente lo mismo que una sanción penal de 20 años con una probabilidad de .25.²¹ Corresponde por tanto al decisor público, escoger las combinaciones óptimas para lograr los objetivos establecidos por la política pública.

Si recordamos que el objetivo de la política criminal, desde el punto de vista de la eficiencia económica, es el de la minimización de los daños (costos) que el delito impone a la sociedad, podemos concluir, con las salvedades que veremos más adelante, que la política pública eficiente es aquella que disuade el delito al menor costo posible. Evidentemente, dentro de las variables que conforman la noción de castigo esperado, la que atañe a la magnitud de las penas es la que resulta en una inversión menor.²² Lo anterior plantea, sin embargo, dos problemas: por un lado, un sistema penal basado en criterios puros de eficiencia económica tendería a tener penas muy altas con probabilidades de condena muy bajas. Esto claramente colisionaría con principios básicos del derecho penal que giran en torno al criterio de proporcionalidad de las penas. Por otro lado, algunos estudios parecen apuntar que buena parte de los delincuentes se comportan como amantes del riesgo y que por lo tanto la probabilidad de condena tiene un efecto disuasorio mayor que el de la magnitud del castigo.²³

²⁰ Para evidencia empírica que sustente tal aseveración, véanse entre otros: Ehrlich, Isaac, "Participation in illegitimate activities: a theoretical and empirical investigation" *Journal of Political Economy*, No. 81, 1973, pp. 521-564 y Pyle, David, "The economics of crime in Britain", *Economic Affairs*, No. 9, Vol. 2, Dec. 1988-Ene. 1989, pp. 8-9.

²¹ Asumiendo obviamente que el delincuente es neutral al riesgo. Lo anterior significaría, entre otras cosas, que cuenta con una tasa de descuento constante a lo largo del tiempo. Esto es, que valora exactamente igual el año presente que cualquier año futuro. Sin embargo, hay indicios que apuntan a que esto no es necesariamente así. En todo caso, el argumento cuenta para cierto tipo de delincuentes y para penas de carácter pecuniario.

²² Lo anterior ya que elevar las sanciones por la vía legislativa presenta costos mucho menores a aquellos asociados a elevar la probabilidad de condena, pues esto último implicaría la dotación de recursos destinados al funcionamiento de los cuerpos policíacos, ministerio público, juzgados, penitenciarias y en general cualquier otra instancia del subsistema penal.

²³ Al respecto véase: Grogger, J., "Certainty vs Severity of Punishment", *Economic Inquiry*, vol. 29, 1991, pp. 297-309.

III.1. Penas pecuniarias vs penas privativas de la libertad

Otro interesante debate que desde la perspectiva normativa no está exento de polémica es el referente al empleo de sanciones pecuniarias *vis a vis* penas privativas de la libertad, en orden de disuadir potenciales conductas delictivas. Dado que administrar un sistema recaudatorio de multas resulta menos costoso que el administrar a un sistema penitenciario, en teoría deberíamos de preferir al primero sobre el segundo. Sin embargo, para que una multa disuada la comisión de un delito ineficiente, su valor esperado deberá cuando menos igualar al daño que el delito causa,²⁴ lo anterior presupone que el delincuente puede responder patrimonialmente al pago de dicha sanción. No obstante, en la práctica los potenciales delincuentes no siempre cuentan con un acervo patrimonial que les permita hacer frente a este tipo de penas. Si el castigo esperado se sitúa por encima de la capacidad de pago del potencial delincuente, entonces esperaríamos que existiera un déficit en la capacidad disuasoria de la norma penal. Éste déficit solo podría ser aliviado a través de la aplicación de otro tipo de penas como aquellas privativas de libertad. La eficiencia económica implicaría aquí un trato diferenciado entre delincuentes ricos y delincuentes pobres, que de nueva cuenta colisionaría con criterios de justicia o equidad.²⁵ No obstante lo anterior, en términos económicos hace sentido que los delitos más graves se sancionen con penas no monetarias, toda vez que normalmente estos delitos ocasionan un mayor daño social que en muy pocos casos podrá ser disuadido con una pena de carácter pecuniario.

²⁴ Adviértase que para que la sanción sea eficiente es necesario que se fije con relación al daño y no al beneficio obtenido por el infractor, pues si la sanción se establece con relación a éste último, aún los delitos eficientes tenderían a ser disuadidos. Un sencillo ejemplo nos puede ilustrar dicho argumento: supongamos que una madre soltera de escasos recursos y con varios días sin comer se plantea robar un litro de leche para alimentar a su hijo. Supongamos que el litro de leche está valorado por el vendedor en \$30 y que la mujer lo valora en \$50. Desde el punto de vista de la teoría del bienestar, la sociedad estaría mejor si la mujer sustrae el litro de leche. La sanción ante esta conducta podría establecerse atendiendo al beneficio o atendiendo al daño. Si la sanción se establece atendiendo al beneficio obtenido ($S > 50$) la mujer nunca sustraerá el litro de leche, aunque en términos agregados esa sea la conducta eficiente (se logra un excedente en el bienestar social de \$20). Sin embargo, si la sanción se establece atendiendo al daño causado ($S < 50$) la conducta eficiente no será disuadida.

²⁵ Al respecto, Posner es categórico cuando señala: "...el derecho penal está diseñado primordialmente para quienes no son ricos; los ricos son mantenidos a raya por el derecho de la negligencia". Richard Posner, *op cit.*, p. 214.

III.2. Disuadir en el margen

No obstante que las sanciones pecuniarias son más económicas de aplicar que aquellas privativas de libertad, lo cierto es que el funcionamiento del subsistema penal tiene importantes costos. Por tanto, desde el punto de vista económico, la sanción eficiente siempre es menor que aquella que garantizaría una disuasión absoluta. Lo anterior es intuitivo si tomamos en cuenta que erradicar por completo la criminalidad comportaría el empleo de ingentes recursos, que por otro lado se dejarían de emplear en otras áreas de gran relevancia como la educación o la sanidad, por mencionar solo algunas. Por tanto, una conclusión importante que podemos derivar es que en cualquier sociedad el nivel eficiente de criminalidad siempre es positivo (mayor a cero).

Otra cuestión relevante desde el punto de vista de la teoría económica es la que tiene que ver con la disuasión marginal. La teoría de la disuasión marginal sostiene que allá en donde no se ha logrado disuadir un primer delito (menos grave), las normas deberían de estar diseñadas para tratar de disuadir delitos adicionales (más graves). Lo anterior se logra a través del establecimiento de precios diferenciados entre las conductas delictivas, normalmente dados en función de la gravedad de las mismas o de la probabilidad de que estas sean detectadas. Un ejemplo bastante común es el que tiene que ver con los delitos de secuestro y homicidio. En términos de rentabilidad política resulta una opción bastante atractiva subir las penas para el primero. Sin embargo, en términos de bienestar agregado esto puede tener repercusiones negativas. Si la pena a que se enfrenta un secuestrador no es muy distinta a la pena que se enfrentaría ese secuestrador si además cometiera el delito de homicidio, buena parte de los secuestradores matarían a sus víctimas ya que con ello podrían disminuir la probabilidad de ser detectados, sin que ello representara un aumento considerable en el castigo esperado.²⁶ Por tanto, una política que privilegia la dureza de las penas en contrapartida a una baja probabilidad de detección, pudiese tener como efecto no deseado la reducción del precio relativo de los delitos más graves sobre los menos graves. Lo anterior, atendiendo a un razonamiento estrictamente microeconómico, se traduciría en

²⁶ Por contrapartida se podría argumentar que a mayor gravedad en el delito, mayores serán los recursos que el sistema penal pondrá a disposición de los agentes de la ley para atrapar al delincuente. Así, pudiese darse el caso de que el esfuerzo para atrapar a un secuestrador que ha matado sea mayor que aquel destinado a quien solo ha cometido el primero de los delitos. En éste caso, pudiese tener sentido para el delincuente no cometer un delito adicional.

un mayor número de delitos de alto impacto. Por tanto y sin menospreciar el *insight* que el principio del multiplicador nos aporta, podemos reformular a la política punitiva eficiente como aquella que logra la disuasión marginal del delito al menor costo posible.

III.3. Algunas notas sobre el sistema penitenciario

Como ya se ha señalado con anterioridad, fuera consideraciones en materia de justicia o equidad, el que los centros penitenciarios alberguen en su mayor parte a reos de bajo estatus socioeconómico puede ser una respuesta eficiente al planteamiento de la función disuasoria de la norma penal. Recordemos que se trata precisamente de individuos que no pudiesen ser disuadidos con sanciones de carácter pecuniario.²⁷ Sin embargo, cabe preguntarnos si los beneficios obtenidos por el funcionamiento de los centros de readaptación social justifican los enormes costos que estos comportan.²⁸ Particularmente en el caso mexicano lo anterior cobra mayor relevancia toda vez que como suele ser apuntado el sistema carcelario no retribuye, no rehabilita, no disuade y no incapacita.²⁹ Por otro lado, algunos estudios apuntan al hecho de que el paso por prisión erosiona el capital humano de los internos, además de crear un estigma social que encarece sus oportunidades de inserción en actividades lícitas una vez que estos han sido liberados. La consecuencia de esto sería una alta tasa de reincidencia entre quienes han pasado por la cárcel.

²⁷ “Los estudios realizados concluyen que las personas que cometen crímenes graves (homicidio, violación, etcétera) generalmente tienen un bajo nivel de riqueza, por lo que el efecto disuasivo de una sanción monetaria es muy pequeño”. Roemer, Andrés, *Economía del Crimen*, México, Noriega Editores, 2001, p. 413.

²⁸ Costos que como bien señala Posner, entre otros comprenden: la construcción, mantenimiento y operación de las prisiones, pérdida de productividad presente del individuo recluso, así como también la pérdida de productividad una vez que ha cumplido su condena, a causa de la disminución de su capital humano. Esto último, además, disminuye el costo de oportunidad del delito una vez que ha salido de prisión, aumentando con ello la probabilidad de volver a engancharse en la actividad delictiva. Richard Posner, *op cit.*, pp. 218-219.

²⁹ A diferencia de las sanciones pecuniarias que solo cumplen una función disuasoria, las penas privativas de libertad, además de disuadir, incapacitan a los delincuentes para que estos puedan desarrollar actividades delictivas, por lo menos durante el tiempo en que se encuentran cumpliendo las penas. Lo anterior, claro está, cuando el sistema penitenciario funciona adecuadamente. Son diversos los estudios que existen en torno al efecto incapacitante del sistema penitenciario y su impacto en los índices delictivos. A favor: Marvell, Thomas y Carlisle Moody, “Prison population growth and crime reduction”, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 10, 1994, pp. 109-140., Levitt, Steven, “The effect of prison population size on crime rates: evidence from prison overcrowding litigation”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 111, 1996, pp. 319-351. En contra: Kovandzic, Tomislav y Lynne Vieraitis, “The effect of county-level prison population growth on crime rates”, *Criminology and Public Policy*, Vol. 5, No. 2, 2006: pp. 213-244.

Otra cuestión relevante que no podemos dejar de tratar aunque sea de forma somera es la relacionada con los denominados beneficios de pre-liberación, mismos que pueden tener importantes implicaciones en materia de eficacia disuasoria. La posibilidad de lograr reducciones de condena posteriores a las penas establecidas por las sentencias, puede ser un elemento que merme la eficacia disuasoria de las mismas. Sin embargo, en el caso de primo-delincuentes pueden tener sentido en la medida en que se acompañen con mecanismos de seguimiento y con una amenaza creíble de castigos lo suficientemente severos en caso de reincidencia. Otras alternativas para controlar una potencial pérdida de disuasión serían el establecimiento de sentencias alternativas a realizarse durante el tiempo restante de la condena (preferentemente de carácter retributivo) o bien, aunque polémico, el establecimiento por parte de los jueces de una “prima” en la fijación de la sanción penal en atención con el riesgo de que esa sanción se vea reducida por un potencial beneficio pre-liberatorio. Esto último, sin embargo, puede presentar el inconveniente de generar sobre y sub disuasión atendiendo a las características individuales de potenciales delincuentes.

Otro punto que consideramos de importancia tiene que ver con el efecto que nuestro sistema carcelario genera en términos del bienestar agregado de nuestra sociedad. Desde el punto de vista de una función de utilidad social, el sistema penitenciario también impone costos a terceros (normalmente las familias de los delincuentes). Cuantificar estos costos es problemático, pero a grandes rasgos se refieren a ingresos que se dejan de percibir, estigma social y costos asociados al desplazamiento a los centros de readaptación social cuando se vive lejos de los mismos, así como al pago de sobornos o “mordidas” a funcionarios penitenciarios, además de aquellos que el mismo reo debe de realizar en orden de contar con ciertas “comodidades”.³⁰ Finalmente, no podemos soslayar la posibilidad de que el mismo sistema penitenciario sea auto-generador de la demanda de nuevas plazas. Si tomamos en consideración que muchos reos constituyen la principal o única fuente generadora de ingresos para sus familias, la reclusión sin posibilidad de efectuar actividades remuneratorias, constituye una invitación para que otros miembros de la familia

³⁰ Para el caso mexicano véase: Guerrero Gutiérrez, Eduardo, “Las cárceles y el crimen”, *Nexos*, No. 412, 2012, pp. 15-16.

(normalmente más jóvenes) ingresen en el mercado delictivo como una forma de compensar el ingreso perdido.³¹

Por lo anteriormente señalado, creemos que es momento de replantearnos el actual modelo carcelario y avanzar en torno a la construcción de un sistema penal que privilegie el empleo de sanciones alternativas, en especial de carácter retributivo, que permitan disuadir o incapacitar a delincuentes de baja peligrosidad al menor costo posible. En ésta labor la tecnología puede ser una de las mejores aliadas. Hoy en día, mediante modernos dispositivos es posible controlar y monitorear a quienes se encuentran compurgando sentencias de reclusión en domicilios, trabajos comunitarios, entre otras.

III.4. Algunas consideraciones finales sobre la aplicabilidad de la teoría económica del delito en el diseño de políticas públicas para el control de la delincuencia.

La teoría económica del delito arroja importantes claves para el diseño de políticas públicas eficientes en materia de control de la delincuencia. Sin embargo, tal y como lo hemos señalado, la aplicación de criterios puros de eficiencia económica en el funcionamiento de nuestro sistema penal puede colisionar seriamente con criterios de justicia o equidad que dificulten su aplicabilidad. Lo anterior no necesariamente significa renunciar a la construcción de un sistema penal que incorpore a la eficiencia económica como uno de sus principios o guías de acción, máxime cuando los incrementos presupuestales en materia de seguridad pública no necesariamente se han traducido en reducciones significativas de los niveles de delincuencia.

Por otro lado, no podemos soslayar la existencia de ciertas restricciones institucionales provenientes de nuestra tradición legal. Los jueces penales mexicanos cuentan con una discrecionalidad mucho más acotada que sus contrapartes anglosajonas a la hora de emitir las condenas. No obstante lo anterior, el legislador bien podría incorporar ciertos criterios de eficacia disuasoria dentro de las normas procedimentales a fin de poder tener un mayor control sobre la variable sanción. Lo anterior significaría, entre otras cosas, que la magnitud de la pena también pudiese cuantificarse en atención a la propensión con la

³¹ Al respecto véase: Sieberg, Katri, *Criminal Dilemmas. Understanding and Preventing Crime*, Alemania, Springer, 2005, pp. 11.

que las víctimas denuncian tales agravios. Obviamente esto implicaría la necesidad de estudios detallados sobre victimización, pero creemos contribuiría positivamente en la construcción de un mejor sistema de justicia.

IV. Conclusión

La teoría económica del crimen y del castigo es un enfoque relativamente novedoso que presenta un campo fértil de investigación para los estudiosos del derecho penal y la criminología. En México, sin embargo, su desarrollo ha sido más bien pobre, debido quizá a la ausencia de vasos comunicantes que ha caracterizado al derecho respecto de otras disciplinas y ciencias sociales.

Para los analistas económicos del derecho, el delito al igual que muchas otras conductas humanas, puede ser explicado en función de criterios para la maximización del bienestar individual. Lo que distingue, por tanto, al delincuente de otras personas no son sus motivaciones, sino los costos y beneficios que éste asocia a las alternativas existentes para su actuar.

En atención a dicho razonamiento es que todos somos delincuentes en potencia, pues basta que el beneficio esperado de violentar la ley exceda al costo del mismo para optar por la transgresión. Dichos costos y beneficios pueden ser tanto de carácter objetivo como subjetivo. En el primero de los casos tenemos a las sanciones y a los beneficios obtenidos que pueden ser directamente cuantificables en términos monetarios y en el segundo podemos contar al grado de placer, satisfacción, estrés o repulsión que la actividad delictiva nos pueda causar. Estos sencillos planteamientos han originado una elegante teoría sobre la delincuencia de la que derivan importantes implicaciones en materia de política pública.

En primer lugar, más allá de las preferencias derivadas en razón de la educación, cultura o estado psíquico, los individuos responden a los incentivos generados por las condiciones medioambientales, de entre las cuales la ley juega un rol importante. Así, desde el punto de vista de la política pública, la magnitud de las sanciones y la probabilidad de condena pueden ejercer una función disuasoria de potenciales conductas delictivas. Sin embargo, para el análisis económico del derecho, el sistema jurídico debe estar diseñado en

atención de maximizar el valor de la eficiencia económica, independientemente de las implicaciones que esto pueda tener respecto del valor de la justicia entendida como equidad. Así, la política eficiente es aquella que logra reducir los incentivos hacia el delito al menor costo posible.

Bajo condiciones del tipo *ceteris paribus*,³² cambios en la magnitud de las sanciones y en la probabilidad de condena, repercuten positiva o negativamente -según sea el caso- en la generación de incentivos para la comisión de un delito.. Sin embargo, las segundas comportan un gasto público considerablemente mayor. No obstante ello, el principio de penas muy severas con probabilidades de condena bajas se enfrenta a severas limitantes. En primer lugar colisiona directamente con principios de equidad que se encuentran internalizados en las distintas normas que protegen derechos fundamentales. En segundo lugar, penas muy altas para todo tipo de ilícitos pueden dar lugar a ineficacia en lograr la disuasión marginal de los delitos y podrían incentivar el acometimiento de crímenes violentos sobre no violentos. En tercer lugar, la evidencia empírica disponible parece apuntar hacia el hecho de que los individuos son más sensibles a los cambios en la probabilidad de condena, respecto de los cambios en la magnitud de las sanciones.

Por otro lado, dado que un sistema de penas pecuniarias es más fácil de administrar y comporta menores costos que un sistema de penas privativas de libertad, resulta preferible castigar a través de multas. Sin embargo, una importante limitante para que éste sistema disuada conductas delictivas reside en el acervo patrimonial de los potenciales delincuentes. El resultado es polémico: los delincuentes que cuentan con un acervo patrimonial lo suficientemente elevado deberán responder a través de multas, en tanto aquellos que cuentan con recursos limitados deberán ir a la cárcel.

No obstante lo anterior, el sistema penitenciario ha demostrado tener importantes limitaciones que imposibilitan cumpla algunas de sus funciones primordiales: no retribuye, no regenera, no disuade y no incapacita. De hecho, pudiésemos señalar que el sistema penitenciario mexicano genera su propia demanda de espacios, a través de por lo menos dos vías: encarece, a través del estigma social generado, los costos de reinserción social de quienes han cumplido su condena y genera incentivos para el acometimiento de nuevos

³² Es decir, asumiendo que otras variables permanecen constantes.

delitos por parte de familiares de internos en aras de suplir el ingreso que se ha perdido a causa de la reclusión.

Si bien la literatura es escasa, una vertiente interesante en la que bien vale la pena profundizar refiere al impacto que la reclusión penitenciaria genera en clave de bienestar agregado. Lo anterior significa que no solo los internos no son productivos durante el tiempo de reclusión, sino que además esto genera importantes costos para sus familias, que en alguna medida también alimentan al fenómeno de la corrupción. Por lo anterior, hace sentido la implementación de políticas públicas tendientes a la introducción de un sistema menos punitivo a favor de un sistema centrado en la retribución, la reparación del daño y el empleo de penas alternativas, apoyado en los desarrollos tecnológicos más recientes.

Pese a las reticencias propias de nuestro sistema legal, el análisis económico del derecho seguirá siendo un campo fértil para el desarrollo de nuevos planteamientos en torno a temas tradicionales y no tradicionales del derecho penal y la criminología. Por lo anterior haría bien que tanto jueces y legisladores recibieran formación en la materia para lograr legislación y decisiones judiciales que incorporen a la eficiencia económica como una más de las variables a considerar.