



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Aplicación del Análisis Económico del Derecho al Derecho Penal

Presentado por:

Ángel Santos Maestro

Tutelado por:

Juan Carlos Gamazo Chillón

Valladolid, 14 de julio de 2022

RESUMEN

El análisis económico del derecho es una disciplina metodológica que busca explicar el derecho aplicando los métodos y herramientas de la teoría económica. En sus orígenes esta disciplina se limitaba al estudio de las ramas jurídicas con contenido económico, pero a partir de los años sesenta del siglo XX su ámbito de aplicación se expande hasta abarcar la totalidad del ordenamiento jurídico, incluido el derecho penal.

El análisis económico del derecho penal estudia la decisión individual de delinquir y cómo esta puede verse afectada por los incentivos creados a través del sistema jurídico, así como la eficiencia en la asignación de los recursos en la prevención del delito. A pesar de ser una de las ramas de más reciente aparición dentro del análisis económico del derecho, es una de las que más actividad académica ha generado.

Palabras clave: análisis económico del derecho, derecho, economía, derecho penal.

ABSTRACT

Law and Economics is a methodological discipline that seeks to explain Law by applying the methods and tools of economic theory. Originally, this discipline was limited to the study of legal branches with economic content, but since the 1960s its scope of application has expanded to cover the entire legal system, including Criminal Law.

Criminal Law and Economics studies the individual decision to commit a crime and how it can be affected by the incentives created through the legal system, as well as the efficiency in the allocation of resources in crime prevention. Despite being one of the most recent branches of Law and Economics, it is one of the most academically active.

Key words: Law and Economics, Law, Economics, Criminal Law.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	7
2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	9
2.1. Concepto	9
2.2. Origen y antecedentes	11
2.3. Presupuestos	14
2.3.1. <i>El derecho influye sobre el comportamiento humano</i>	14
2.3.2. <i>La influencia del derecho sobre la conducta humana se puede explicar y predecir con modelos teóricos</i>	15
2.3.3. <i>Las decisiones jurídicas se adoptan en condiciones de escasez</i>	17
2.3.4. <i>El derecho debe analizarse con base al criterio de eficiencia</i>	19
2.4. Método y herramientas	20
2.4.1. <i>Modelos</i>	20
2.4.2. <i>Análisis coste-beneficio</i>	23
2.4.3. <i>Matemáticas</i>	23
2.4.4. <i>Métodos empíricos</i>	23
2.5. Tipos	24
2.5.1. <i>Análisis positivo y análisis normativo</i>	24
2.5.2. <i>Análisis fundamental y análisis aplicado</i>	26
2.6. Escuelas	27
2.6.1. <i>La Escuela de Chicago</i>	27
2.6.2. <i>La Escuela de New Haven</i>	28
2.6.3. <i>El AED institucional</i>	30
2.6.4. <i>El AED neo-institucional</i>	31
2.6.5. <i>Public choice</i>	32
2.6.6. <i>El AED conductista</i>	33
2.6.7. <i>La Escuela de Harvard</i>	35
2.7. Críticas al AED	35
2.8. Estado actual.....	37
3. APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO AL DERECHO PENAL	39
3.1. La decisión de delinquir	40

3.1.1. <i>Costes y beneficios del delito</i>	41
3.1.2. <i>Cómo evitar la rentabilidad de las actividades delictivas</i>	43
3.1.3. <i>El efecto disuasorio de las penas</i>	44
3.1.4. <i>Actitud frente al riesgo</i>	48
3.2. La asignación óptima de los recursos sociales frente a la criminalidad	50
3.2.1. <i>El coste social del delito</i>	50
3.2.2. <i>La disuasión óptima</i>	51
3.2.3. <i>La combinación eficiente de certeza y severidad del castigo</i>	54
3.3. La disuasión marginal	55
3.4. El dilema entre las multas y la prisión	56
3.5. Limitaciones de la aplicación del análisis económico del derecho al derecho penal	59
4. CONCLUSIONES	61
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

1. INTRODUCCIÓN

El derecho siempre se ha ocupado de regular los fenómenos económicos y la economía siempre ha visto en el derecho un factor determinante en el devenir del sistema económico. Sin embargo, a pesar de las múltiples conexiones entre ambas disciplinas, sus interacciones han sido meramente tangenciales: cada ciencia tenía su propio objeto.

No obstante, esto cambia en el siglo XX, cuando se empiezan a aplicar los métodos y herramientas de la ciencia económica para estudiar el sistema jurídico, naciendo así el análisis económico del derecho. Con el tiempo lo que empezó como un estudio de las ramas del derecho con un alto contenido económico pasó en pocos años a abarcar la totalidad del ordenamiento jurídico, incluido el derecho penal.

El análisis económico del derecho complementa el análisis jurídico tradicional, ofreciendo nuevos puntos de vista y nuevos métodos para resolver los problemas jurídicos. Con este trabajo se pretende mostrar las ventajas que aporta el estudio del derecho desde una óptica económica, prestando especial atención a su aplicación al derecho penal, que si bien en muchos casos puede no ser del todo precisa, sus conclusiones pueden servir para elaborar un mejor derecho, ya que, como mostraremos, muchas veces coinciden con la realidad.

Pero para aplicar el análisis económico del derecho al derecho penal primero es necesario entender en qué consiste esta disciplina. Por ello, la primera parte de este trabajo ofrece una visión global de la materia. Así, en primer lugar, se conceptuará el análisis económico del derecho, explicando en qué se diferencia de otras disciplinas afines que también combinan ambas ciencias. Seguidamente, se hará un recorrido por el proceso de configuración de esta disciplina, desde sus orígenes más remotos en el siglo XVIII, hasta el origen de la disciplina tal y como se conoce hoy en la década de los años sesenta del siglo pasado con el paso del viejo al nuevo análisis económico del derecho. A continuación, se expondrán los presupuestos en los que se basa esta disciplina para abordar los problemas jurídicos como problemas económicos, así como el método y las herramientas que emplea en su análisis. Posteriormente, se hará referencia a los diferentes enfoques desde los que se puede abordar el análisis, prestando especial atención al análisis positivo y al normativo. Después, se expondrán las diferentes escuelas de pensamiento vigentes en la actualidad, explicando cuales son las premisas en que se basan y qué las diferencia de las demás. Seguidamente, se hará referencia a las principales críticas que ha recibido esta disciplina.

Este primer capítulo concluye con el estado actual del tema, profundizando en las posibles razones que explican su dispar acogida en Estados Unidos y el resto del mundo, especialmente el continente europeo.

Una vez explicado en que consiste el análisis económico del derecho, la segunda parte del trabajo versará sobre su aplicación al derecho penal. De este modo, en primer lugar, se abordará la decisión individual de delinquir, que según esta disciplina está motivada por un análisis coste-beneficio del delito: un delincuente comete un crimen porque el beneficio que obtiene con ello es positivo. En base a ello, se estudia como el Estado puede reducir la rentabilidad de las actividades delictivas, centrandó el estudio en el efecto disuasorio de las penas.

Posteriormente, se analizará la asignación óptima de recursos frente a la delincuencia. De acuerdo con el análisis económico del derecho, el objetivo del derecho penal es maximizar el bienestar social neto, que es la diferencia entre el bienestar social derivado de la prevención del delito y el coste social del delito, entendido como la diferencia entre el daño neto que causa –el daño causado menos el beneficio para el delincuente– y el coste de su prevención. A continuación, se estudia, desde una óptica económica, la disuasión marginal y el dilema entre las multas y la prisión. Por último, se recoge una breve reflexión sobre los motivos que pueden explicar la escasa aceptación de la aplicación del análisis económico del derecho al derecho penal.

2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

En este capítulo, se comenzará conceptuando el análisis económico del derecho, haciendo un recorrido por su origen y sus antecedentes más remotos. A continuación, se analizará los presupuestos en los que se basa esta disciplina, así como su método y herramientas. Posteriormente, se expondrán los diferentes tipos de enfoques de análisis y las distintas escuelas de pensamiento vigentes en la actualidad. Después, se hará referencia a las principales críticas que recibe esta disciplina. Por último, se expondrá brevemente el estado actual del análisis económico del derecho.

2.1. Concepto

El análisis económico del derecho se desarrolla en dos áreas: de una parte, el estudio de la interrelación que existe entre los fenómenos económicos y el sistema jurídico partiendo de una aceptación del mundo tal y como es; y, de otra parte, el estudio del Derecho aplicando los métodos y herramientas de la ciencia económica para, con el resultado de ese examen, confirmar, poner en duda y a menudo buscar la reforma de la realidad jurídica. Si bien es cierto que algunos autores entienden que el análisis económico del derecho hace referencia únicamente a esta última¹, refiriéndose a la primera como Derecho y Economía (*Law and Economics*, en inglés), lo cierto es que por lo general ambos términos se usan indistintamente para referirse a ambas áreas², por lo que en este trabajo se empleará la expresión análisis económico del derecho³ (en adelante, AED) para hacer referencia a la disciplina en su conjunto.

El AED busca responder dos preguntas básicas sobre las normas legales: (i) ¿cuáles son sus efectos en el comportamiento de los agentes económicos en términos de sus decisiones de bienestar? y (ii) ¿son socialmente deseables dichos efectos? Estas cuestiones se pueden abordar de diversas formas, pero el AED se sirve de los métodos y herramientas empleados en el análisis económico.

Para contestar a la primera, el AED acude a la microeconomía, rama de la teoría económica que estudia el comportamiento de los agentes individuales racionales, así como

¹ CALABRESI, G. (2016), *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Reflection*, New Haven: Yale University Press, p. 2. Citado por HYLTON, K. N. (2018). *Law and Economics Versus Economic Analysis of Law*, Boston University School of Law, Law and Economics Research Paper Series, No. 17-40, p. 1.

² ARJONA, A. M. y RUBIO, M. (2002). “El Análisis Económico del Derecho”, *Precedente. Revista jurídica*, pp. 120.

³ Se opta por esta expresión ya que es la empleada en la literatura en español, al contrario de lo que sucede en el mundo anglosajón, donde la preeminente es *Law and Economics* (L&E).

su interacción a través del mercado, de modo que a través de conductas optimizadoras se realiza la asignación de recursos escasos. De este modo, el comportamiento de los agentes económicos se describe asumiendo que son previsores y racionales, comparando beneficios y costes dada la información de la que disponen y estando limitados por sus restricciones.

Asimismo, para evaluar la deseabilidad social se adopta el marco de la economía del bienestar. La economía del bienestar es la rama de la teoría económica que se encarga del estudio, evaluación y ordenación, desde el punto de vista del bienestar social, de las situaciones económicas alternativas en un contexto de recursos escasos.

Es importante diferenciar el AED de otras disciplinas que también combinan el derecho y la economía y que pueden inducir a error debido a su denominación similar. Por un lado, encontramos el derecho económico o derecho de la economía, rama interdisciplinaria del derecho que se ocupa de la regulación de los mercados, la defensa de la competencia, la protección de los consumidores y la protección del medio ambiente, así como de sus efectos para las empresas⁴. En definitiva, se trata de la rama del ordenamiento jurídico que regula la actividad económica. Por tanto, es una disciplina de fondo que se circunscribe a determinadas áreas dentro del mundo del derecho. Esto lo diferencia del AED, disciplina estrictamente metodológica que abarca de manera transversal la totalidad del mundo jurídico.

Por otro lado, la economía del derecho tiene como propósito “reconstruir el *iter* formativo de las relaciones e instituciones jurídicas que efectivamente (sociológicamente) se dan en el comercio jurídico, poniendo el acento no tanto en el resultado final de las «obras de ingeniería jurídica», cuanto en la explicación analítica de la pieza o segmento (entendidos como elementos intercambiables y sustituibles entre sí) que tienden a conformar el andamiaje instrumental de que se valen los operadores”⁵. Así, la economía del derecho deja a un lado el resultado final para analizar independientemente cada uno de los elementos que componen las relaciones e instituciones jurídicas. Esto lo diferencia del AED, que pone el foco en las consecuencias del derecho.

En definitiva, el AED puede definirse como la aplicación de la teoría económica, principalmente la microeconomía y los principios básicos de la economía del bienestar, para

⁴ ARIÑO, G. (2004). *Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*, Granada: Comares, p. 14.

⁵ PAZ-ARES, C. (1981). “La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del derecho)”, *Anuario de derecho civil*, vol. 34, núm. 3, p. 604.

examinar la formación, la estructura, los procesos y el impacto económico del derecho y las instituciones jurídicas⁶.

2.2. Origen y antecedentes

Si bien el punto de partida del AED, tal como lo conocemos hoy, se encuentra en los años sesenta del siglo XX, sus antecedentes históricos se remontan varios siglos atrás. Ya desde sus orígenes en el siglo XVI, la economía política ha mostrado preocupación por el análisis de las normas e instituciones que regulaban el funcionamiento de los mercados.

Asimismo, en el siglo XVIII los cursos sobre jurisprudencia de A. SMITH⁷ en la Universidad de Glasgow constituyen el primer tratamiento sostenido del derecho desde una perspectiva económica⁸, anticipándose en dos siglos a muchos de los planteamientos centrales del AED. Sin embargo, a pesar de que el contenido de sus cursos contiene muchas ideas sobre la lógica económica que subyace al derecho privado, los académicos no consideran a A. SMITH como uno de los fundadores del AED, ya que estas ideas no tuvieron ningún efecto en el desarrollo posterior de esta disciplina⁹.

Así las cosas, puede decirse que el AED comienza con J. BENTHAM¹⁰, quien estudio el comportamiento de los individuos ante incentivos legales y evaluó los resultados con respecto a una medida de bienestar social claramente establecida: el utilitarismo. Sus escritos contienen un extenso análisis del derecho penal y de la aplicación de la ley, así como un breve análisis del derecho de propiedad y un tratamiento sustancial del proceso legal. No obstante, su trabajo quedó prácticamente sin desarrollo hasta la década de 1960¹¹.

En el siglo XIX, P. J. PROUDHON¹² sostenía que el objetivo del derecho es resolver las contradicciones de la vida social a través de una reorganización de la sociedad, pero ni el derecho público ni el derecho privado podían alcanzar este objetivo. El primero representa

⁶ MERCURO, N. y MEDEMA, S. G. (2006). *Economics and the Law: from Posner to postmodernism and beyond*, Princeton: Princeton University Press, p. 1.

⁷ ADAM SMITH (1723-1790) fue un economista y filósofo escocés, cuya principal obra *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776) es considerada como el origen de la economía como ciencia independiente. De 1751 a 1763, A. SMITH impartió clases de filosofía moral en la Universidad de Glasgow.

⁸ HYLTON, K. N. (2005). "Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics", *Maryland Law Review*, vol. 64, núm. 1, p. 87.

⁹ MAHONEY, P. G. (2017). "Adam Smith, Prophet of Law and Economics", *Journal of Legal Studies*, vol. 46, núm. 1, p. 208.

¹⁰ JEREMY BENTHAM (1748-1832) fue un filósofo inglés considerado el fundador del utilitarismo moderno.

¹¹ KAPLOW, L. y SHAVELL, S. (1999). *Economic Analysis of Law*, Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 251, p. 1.

¹² PIERRE-JOSEPH PROUDHON (1809-1864) fue un político, filósofo y economista francés, considerado uno de los padres del mutualismo.

un peligro para la libertad individual, al tiempo que el segundo es incapaz de penetrar en todas las estructuras de la actividad económica. En consecuencia, la pretendida reorganización social debe llevarse a cabo a través de una rama complementaria él denominó derecho económico, construido a partir de acuerdos entre los diversos grupos que participan en la actividad económica.

Asimismo, también es posible encontrar conexiones con las obras de otros autores, como C. BECCARIA¹³, que realizó un análisis del crimen en términos utilitarios, aunque de manera menos sistemática que J. BENTHAM, o A. WAGNER¹⁴, que detectó la relación existente entre la variación de las necesidades económicas y el derecho, llegando a afirmar que el ordenamiento jurídico evoluciona con la economía.

A lo largo del siglo XX empiezan a aparecer trabajos que estudian un número limitado de problemas jurídicos desde una óptica económica. Así, comienza a extenderse el uso de casos judiciales como fuente de información para el estudio del comportamiento de los agentes económicos. Se trataron temas como el derecho de sociedades o cuestiones referidas a la regulación de la actividad económica, pero el grueso de los trabajos se centró en el análisis de los casos *anti-trust*. Es entonces cuando comienza a hablarse de *Law and Economics* para referirse a esta disciplina fruto de la intersección entre el objeto de estudio del derecho y el de la economía.

No obstante, si bien sus descubrimientos tenían implicaciones para la política legal, en realidad su actividad no difería de la que venían haciendo tradicionalmente los economistas: tratar de explicar el comportamiento de los agentes económicos y su interacción en los mercados. Por tanto, la interacción real entre ambas disciplinas era limitada.

Pero esto cambia en la década de los años sesenta del siglo XX. En 1960 R. H. COASE¹⁵ publica su artículo *The Problem of Social Cost*¹⁶, con el que estableció un marco para analizar la asignación de los derechos de propiedad y la responsabilidad en términos económicos, abriendo así nuevas vías para aplicar el análisis económico a gran variedad de

¹³ CESARE BONESANA (1738-1794), marqués de Beccaría, fue un literato, filósofo, jurista y economista italiano.

¹⁴ ADOLPH WAGNER (1835-1917) fue un economista perteneciente al Kathedersocialismus, padre del socialismo de Estado.

¹⁵ RONALD HARRY COASE (1910-2013) fue un economista y abogado británico, profesor en la London School of Economics y profesor emérito en la Universidad de Chicago, galardonado con el Premio Nobel de Economía en 1991 por su descubrimiento y aclaración de la importancia de los costes de transacción y los derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía.

¹⁶ COASE, R. H. (1960). "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, pp. 1-44.

cuestiones jurídicas. Además, es en dicho artículo donde introdujo el teorema que lleva su nombre, el cual es uno de los principios básicos del AED. De acuerdo con el teorema de COASE, si se asignan derechos de propiedad bien definidos sobre los efectos externos¹⁷ y se crea un mercado competitivo donde dichos derechos puedan ser libremente intercambiados, en ausencia de costes de transacción¹⁸, la negociación entre las partes conducirá a una solución eficiente independientemente de la asignación inicial de los recursos. En base a esta idea, el AED analiza por qué los contratos conducen a la eficiencia y por qué hay situaciones que no pueden ser resueltas mediante acuerdo entre las partes, siendo necesaria la intervención del Estado para alcanzar una solución eficiente.

Paralelamente, pero de forma independiente, en 1961 G. CALABRESI¹⁹ publica su artículo *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*²⁰, donde llevaría a cabo una interpretación racional (es decir, en términos de eficiencia) de las reglas de responsabilidad civil elaboradas por el derecho común. Así, se sirve de la teoría económica para evaluar el alcance que pueden tener los diversos significados implícitos de la idea de distribución del riesgo y su coherencia interna. Este artículo supone el comienzo de uno de los ámbitos en los que mayor número de trabajos se han publicado en el AED: el derecho de daños o responsabilidad civil.

Estos dos artículos fueron los primeros intentos modernos de aplicar el análisis económico de forma sistemática a áreas del derecho que no regulan abiertamente las relaciones económicas. De este modo, se pasa a explicar cuestiones que habían quedado al margen del análisis económico, como la eficiencia de las instituciones y de las normas jurídicas. Es a partir de este momento que empieza a hablarse de un nuevo AED en oposición a aquel que se venía realizando hasta entonces, al cual se reserva el nombre de viejo AED.

Dentro del nuevo AED destacan dos figuras clave. En primer lugar G. S. BECKER²¹, quien insistió en la relevancia de la economía para explicar una amplia gama de

¹⁷ Las externalidades son situaciones en las que la producción o el consumo de un bien incide, positiva o negativamente, en la utilidad o beneficio de otro agente económico sin que dicha incidencia se vea reflejada en los precios o en los costes.

¹⁸ El concepto de costes de transacción engloba todos los impedimentos a la negociación.

¹⁹ GUIDO CALABRESI (1932-) es un jurista estadounidense de origen italiano, juez de circuito sénior del Segundo Circuito de Cortes de Apelaciones de los Estados Unidos y exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, donde fue profesor desde 1959.

²⁰ CALABRESI, G. (1961). "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *The Yale Law Journal*, vol. 70, núm. 4, pp. 499-553.

²¹ GARY STANLEY BECKER (1930-2014) fue un economista estadounidense y profesor de la Universidad de Chicago, galardonado con el Premio Nobel de Economía en 1992 por haber ampliado el

comportamientos no relacionados con el mercado, así como sus contribuciones específicas al análisis económico de la delincuencia, la discriminación racial y el matrimonio. El trabajo de G. S. BECKER abrió el análisis económico a amplias áreas del sistema jurídico a las que no llegaron los trabajos de G. CALABRESI y R. H. COASE, pareciendo que ningún campo del derecho podría quedar al margen del AED.

Por último, es obligado citar a R. A. POSNER²², uno de los principales exponentes del movimiento del AED, siendo el autor con la obra más completa y precisa de esta disciplina²³. En 1973 publica su libro *Economic Analysis of Law*²⁴, en el que ofrece un tratamiento completo del AED, analizando cuestiones básicas del derecho común, la regulación empresarial, el derecho procesal o los impuestos. Su publicación supuso la consolidación y transformación del AED en una disciplina académica estándar.

2.3. Presupuestos

Hemos visto que el AED es la aplicación de la teoría económica al derecho, pero ¿por qué juntar derecho y economía? Esta asociación cobra sentido teniendo en cuenta tres premisas básicas: el derecho influye sobre la conducta de las personas, su influencia es explicable y las decisiones jurídicas se adoptan en condiciones de escasez²⁵. De estos tres supuestos se deriva la idea fundamental del AED: el derecho debe analizarse con base al criterio de eficiencia.

2.3.1. El derecho influye sobre el comportamiento humano

El derecho tiene influencia directa sobre el comportamiento humano. Toda norma jurídica es la aplicación de unas consecuencias jurídicas a un determinado supuesto de hecho, estableciendo una relación causal entre ambos. Tomemos como ejemplo el artículo 1902 del Código Civil²⁶: “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. De este modo, si alguien

ámbito del análisis microeconómico a una amplia gama de comportamientos e interacciones humanas, incluidos los no relacionados con el mercado.

²² RICHARD ALLEN POSNER (1939-) es un abogado estadounidense, juez en la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

²³ BERNAD, R. (2019). “Retrospectiva histórica del análisis económico del Derecho (II): desde sus orígenes hasta nuestros días”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 106, p. 20.

²⁴ POSNER, R. A. (1992). *Economic Analysis of Law*, Boston: Little, Brown and Company.

²⁵ DOMÉNECH, G. (2014). “Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 195, pp. 102-104.

²⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

causa un daño a otra persona mediando culpa o negligencia (supuesto de hecho), habrá de indemnizar a la víctima (consecuencia jurídica).

Por lo tanto, en función del carácter de dichas consecuencias (positivas o negativas) se estará incentivando o desincentivando determinadas conductas. Así, si la norma prevé, por ejemplo, bonificaciones o desgravaciones fiscales por realizar ciertas actividades, se fomentará a los destinatarios de dicha norma a adoptar tales patrones de conducta. En cambio, si se prevén sanciones el efecto será el contrario, desanimando a la realización de dichas actividades.

Además, es importante señalar que la naturaleza positiva o negativa de la consecuencia ha de ser vista en términos relativos, pues a la hora de comparar conductas alternativas basta con poder establecer una relación de preferencia. Por ejemplo, el artículo 7 de la Ley 3/2012²⁷ establece una bonificación anual en las cuotas a la Seguridad Social por la conversión de los contratos en prácticas en indefinidos de 500 euros al año, que pasa a ser de 700 euros en caso de que se trate de una trabajadora. De este modo, pese a que se está incentivando ambas conductas (al preverse consecuencias positivas para las dos), se está favoreciendo en mayor medida la contratación de las mujeres. Del mismo modo, pero en sentido inverso, sucede con las consecuencias negativas: pensemos, por ejemplo, en las distintas graduaciones de sanciones: en caso de hurto, cuando la cuantía de lo sustraído no excede de 400 euros se impone una pena de multa, mientras que cuando supera esta cantidad es castigado con pena de prisión (artículo 234 del Código Penal²⁸).

2.3.2. La influencia del derecho sobre la conducta humana se puede explicar y predecir con modelos teóricos

Aunque el derecho influye sobre el comportamiento de los individuos, la experiencia muestra que no todos los cambios de conducta van a ser idénticos. Por tanto, cabe preguntarse en qué medida el derecho influye sobre la conducta humana y si es posible saber qué efecto va a tener una norma con anterioridad a su entrada en vigor. Si bien tradicionalmente se trataba de dar respuesta a estas cuestiones con base a la intuición y a la experiencia, la economía ofrece una teoría científica para explicar y predecir los efectos de las normas jurídicas sobre la conducta humana.

²⁷ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2012/07/06/3/con>

²⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

Así, desde una perspectiva económica, las consecuencias de las normas jurídicas pueden ser vistas como los precios. De este modo, cuando una norma prevé una sanción para una determinada conducta, está estableciendo un coste por su realización (por ejemplo, si consumir alcohol en la vía pública acarrea una multa de 30 euros, el “precio” por realizar dicha acción es 30 euros descontando la posibilidad de ser detectado y sancionado). Igualmente, cuando una norma establece beneficios fiscales o la concesión de ayudas públicas por la realización de determinadas actividades está reduciendo el coste de llevar a cabo dichas actividades: por ejemplo, la concesión de ayudas para comprar un coche eléctrico.

Además, los precios en este contexto no tienen que ser vistos como algo exclusivamente monetario, pues esta idea se puede extender a todo tipo de sanciones o incentivos. Así, cuando el artículo 138 del Código Penal castiga el homicidio con pena de prisión de diez a quince años, está estableciendo que dar muerte a una persona tiene un coste, pero en términos de una limitación de derechos: la privación de libertad.

La economía nos indica que la demanda de un bien es inversamente proporcional a su precio: cuanto mayor sea el precio de un bien, menor será la cantidad consumida del mismo (ley de la demanda). Por lo tanto, ante un endurecimiento de la sanción prevista para la realización de una determinada conducta los individuos responderán realizando menos la conducta sancionada. Del mismo modo, ante reducciones de tipos impositivos o implementaciones de desgravaciones fiscales por la realización de determinadas actividades es previsible que su realización aumente.

Por lo tanto, el derecho puede servirse de las teorías matemáticamente precisas y de los métodos empíricos con los que cuenta la economía para analizar los efectos de los precios sobre el comportamiento de los consumidores y aplicarlos a las normas jurídicas.

Principalmente los economistas han utilizado el modelo de elección racional: se presupone que los individuos maximizan su bienestar, tratando de conseguir el máximo beneficio con un coste mínimo, tomando decisiones que son coherentes con sus preferencias. Así, a la hora de tomar una decisión, los agentes económicos comparan los costes y beneficios de cada una de las alternativas eligiendo aquella que maximiza su utilidad esperada²⁹.

De este modo, cada persona adaptará su comportamiento en función de sus propias preferencias, las cuales varían para cada individuo, atendiendo a la información de

²⁹ La utilidad esperada es un concepto que representa el valor para el individuo de los costes y beneficios inciertos de una alternativa, teniendo en cuenta la aleatoriedad que esta lleva aparejada.

la que dispone en el momento de adoptar la decisión y a las restricciones que limitan su capacidad de decisión. Estas restricciones pueden ser económicas (si puedo permitirme pagar la multa, no respetaré el límite de velocidad), sociales (está peor visto socialmente pegar a una mujer que a un hombre, pese que, salvo en los casos de violencia de género, el delito de lesiones castiga ambas conductas por igual [artículos 147 y 148 del Código Penal]), etc.

No obstante, si bien el modelo de elección racional fue el primero y todavía hoy sigue siendo el mayoritario, existen otros más realistas. Entre ellos destaca el propuesto por la economía conductual³⁰, que no concibe a los individuos como perfectamente racionales, sino como limitadamente racionales, siendo también parcialmente irracionales: a la hora de adoptar una decisión las personas cometen errores sistemáticos y están condicionadas por diferentes sesgos.

En definitiva, la economía ofrece una teoría del comportamiento que permite explicar y pronosticar cómo responderán los individuos ante cambios normativos, rebasando así la mera intuición.

2.3.3. *Las decisiones jurídicas se adoptan en condiciones de escasez*

Para satisfacer sus necesidades los individuos necesitan recursos. No obstante, mientras que las necesidades del ser humano son ilimitadas, los recursos disponibles son escasos. De este modo, en su día a día, los individuos se enfrentan a disyuntivas: para obtener lo que quieren, en general, tienen que renunciar a algo. Por ejemplo, si una persona quiere ganar más dinero, puede trabajar más horas, pero esto le implica tener menos tiempo libre, ya que el tiempo total del que dispone es limitado. Por tanto, tomar decisiones implica tener que elegir entre objetivos alternativos.

Esto mismo le sucede al Estado. El Estado “trata de satisfacer todos los posibles fines que en un momento dado se consideran necesarios para garantizar la supervivencia, la convivencia y el bienestar de una determinada comunidad”³¹. El instrumento del que dispone para lograr dichos objetivos es el derecho: el Estado tiene la capacidad de dictar normas, las cuales, gracias a su capacidad de influencia en el comportamiento humano, mueven a los individuos a adoptar un determinado comportamiento. No obstante, la capacidad de influir en las personas, logrando así todos sus objetivos, es limitada.

³⁰ La aplicación de la economía conductual al AED ha dado lugar al AED conductista (*Behavioral Law and Economics*), el cual se explica más adelante.

³¹ BILBAO, J. M.; REY, F. y VIDAL, J. M. (2014). *Lecciones de Derecho Constitucional I*, Pamplona: Lex Nova Thomson Reuters, p. 42.

Por ejemplo, la Constitución Española de 1978³² encomienda a los poderes públicos la consecución de determinados fines: promover y garantizar las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (artículo 9.2); el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 17.1); el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1); la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2); la libertad de expresión (artículo 20.1); la libertad de empresa (artículo 38); protección de la salud (artículo 43.1); etc.

Sin embargo, para lograr la igualdad efectiva habrán de adoptarse ciertas medidas que limitan la libertad, por ejemplo, para lograr la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la Ley Orgánica 3/2007³³ establece que los consejos de administración de las empresas privadas deben tener un porcentaje mínimo del 40% para cualquiera de los dos sexos (artículo 75 y disposición adicional primera), lo que limita la libertad de empresa. Del mismo modo, para garantizar la protección de la salud es necesario comprometer la libertad, por ejemplo, durante la pandemia de Covid-19 se impuso la obligatoriedad de llevar mascarilla, restringiendo la libertad individual de los ciudadanos en pro de la protección de la salud pública. Igualmente, el derecho al honor constituye un límite a la libertad de expresión (artículo 20.4 de la Constitución Española).

Estos son solo algunos ejemplos, pero sirven para ilustrar la imposibilidad de configurar la legislación de tal forma que todos los objetivos sean satisfechos simultáneamente y en grado absoluto. Así, será necesario decidir qué objetivos priorizar y en qué medida. Es aquí donde entra la economía, ya que esta es la ciencia que se ocupa del estudio de cómo la sociedad administra sus recursos escasos susceptibles de usos alternativos. De este modo, la economía puede aplicarse al derecho para explicar y predecir el comportamiento de los ciudadanos ante diferentes regulaciones alternativas, analizar los costes y beneficios sociales de cada una de ellas y establecer cuál es la que maximiza el bienestar social.

Asimismo, lo anterior también se puede aplicar para las decisiones que puedan adoptar otros sujetos. Así, un juez que se vea ante varias interpretaciones posibles de una norma jurídica puede servirse de la teoría económica para evaluar las reacciones de las personas que se puedan ver afectadas por la resolución y cuál de las alternativas posibles es la mejor en términos de bienestar social, y ello sin prescindir de la noción de justicia.

³² Constitución Española. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

³³ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/03/22/3/con>

2.3.4. *El derecho debe analizarse con base al criterio de eficiencia*

Así las cosas, para poder elegir la mejor alternativa es necesario buscar instrumentos que permitan realizar una valoración social de las diferentes opciones. El criterio fundamental que ha surgido en la economía del bienestar para valorar distintos estados alternativos es el de la eficiencia. La noción de eficiencia hace referencia al mejor uso posible de unos recursos limitados. Por lo tanto, aplicando este criterio al derecho, un sistema jurídico será eficiente si no desperdicia recursos haciendo máximo el bienestar de los individuos.

No obstante, no hay un único concepto de eficiencia. PARETO³⁴ observó que, si ante un cambio de situación se puede argumentar que algún individuo sale beneficiado sin perjudicar a los demás, el cambio es beneficioso para la sociedad, ya que el bienestar social –el cual depende del bienestar de cada uno de sus individuos– habrá aumentado, pudiendo establecerse así una ordenación entre ambas situaciones. De este modo, una asignación es eficiente en el sentido de PARETO (óptimo de PARETO) si no es posible reasignar los recursos de manera que algún individuo mejore sin que otro empeore.

El criterio de PARETO cuenta con la gran ventaja de ser sencillo y asentarse sobre pocos juicios de valor generalmente aceptados³⁵, pero no permite realizar comparaciones entre diferentes óptimos de PARETO ni es aplicable a situaciones en las que algunos individuos mejoran y otros empeoran. Para superar estas limitaciones surgen los criterios de compensación, basados en el principio de compensación, en virtud del cual una situación es preferible a otra siempre que los individuos que mejoran puedan identificar e indemnizar a los que se ven perjudicados y aun así seguir disfrutando de un mayor bienestar individual.

Son varios los criterios de compensación, pero el más habitual es el criterio KALDOR-HICKS³⁶. Según este criterio, el cambio de una situación a otra será deseable si lo

³⁴ VILFREDO FEDERICO PARETO (1848-1923) fue un ingeniero, sociólogo, economista y filósofo italiano.

³⁵ Los cuatro juicios de valor en los que se basa el criterio de PARETO son: (1) independencia del proceso –solo se preocupa del efecto de las asignaciones, sin importar los mecanismos por los que se llegue a ellas–; (2) individualismo –el bienestar de la sociedad depende del bienestar de cada uno de sus individuos–; (3) no paternalismo –cada individuo es el mejor juez de su bienestar–; y (4) benevolencia –un aumento en el bienestar de un individuo se considera, *ceteris paribus*, beneficioso desde el punto de vista social–.

³⁶ El criterio KALDOR-HICKS fue propuesto por TIBOR SCITOVSKY como solución a los problemas de inconsistencia que presentaban el criterio de NICHOLAS KALDOR y el de JOHN RICHARD HICKS. De este modo, T. SCITOVSKY propone que para evitar que se den paradojas la solución es aplicar ambos criterios de forma conjunta: el cambio de una situación a otra será deseable si los que se benefician del cambio pueden potencialmente compensar a los perdedores (criterio de KALDOR) y simultáneamente los perdedores no pueden ofrecer ninguna alternativa a los que se benefician para evitar el cambio (criterio de HICKS).

que mejoran quienes se benefician del cambio es superior a lo que pierden los que empeoran. Así, una asignación será eficiente en el sentido de KALDOR-HICKS cuando el beneficio social neto sea máximo.

De este modo, dado que el fin del Estado es lograr el bienestar de sus ciudadanos, el objetivo será lograr la mayor eficiencia porque al hacerlo se estará logrando el mayor bienestar social. En consecuencia, el derecho debe promover, ante todo, la eficiencia. Así, para evaluar una decisión jurídica el AED llevará a cabo un análisis coste-beneficio con el fin de ver si la misma tiene como resultado el máximo bienestar social neto, entendido como la diferencia entre el bienestar social y el coste social que genera. Por lo tanto, la equidad queda relegada a un segundo plano, ya que tiene otros medios para imponerse. Esto constituye una de las principales críticas al AED.

2.4. Método y herramientas

El AED se centra, principalmente, en analizar las consecuencias del derecho. El objetivo es determinar si una norma, contrato, sentencia, política pública o institución es eficiente. Así, busca explicar el porqué del comportamiento de los individuos ante determinados incentivos con el fin de saber si el derecho va a ayudar a alcanzar la eficiencia social. Para ello, se sirve de los métodos y herramientas que ofrece la economía, principalmente el análisis coste-beneficio, planteando los problemas jurídicos como problemas económicos a través del uso de modelos.

En definitiva, el AED se sirve de los instrumentos que ofrece la economía para determinar si el derecho es eficiente. Para ello, utilizan conceptos que, aunque en un primer momento pueden resultar ajenos al mundo del derecho, en realidad son utilizados continuamente por los juristas. Por ejemplo, a la hora de valorar la conveniencia de un contrato, un abogado evalúa las obligaciones y los derechos que establece para su cliente y los compara para ver si le compensa el negocio jurídico. De este modo, el AED no es más que “sentido común entrenado y sistematizado”³⁷.

A continuación, se explican las herramientas más relevantes del AED.

2.4.1. Modelos

En economía, como en cualquier otra ciencia, la explicación y la predicción de la realidad se realiza en base a teorías. Las teorías se desarrollan para explicar los fenómenos

³⁷ BULLARD, A. (2006). *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*, Lima: Palestra Editores, p. 49.

observados por medio de un conjunto de reglas y supuestos básicos. Su utilidad y validez dependerá de si es capaz de explicar y predecir el conjunto de fenómenos que pretende explicar y predecir, por lo que las teorías están contrastándose continuamente por medio de la observación.

Las teorías pueden utilizarse para construir modelos, representaciones simplificadas de la realidad construidas en base a supuestos, que no necesariamente tienen que ser realistas. El valor de un modelo no está en el realismo de sus supuestos, sino en su capacidad explicativa. De este modo, se trata de centrarse en los elementos relevantes, dejando a un lado los irrelevantes, con el fin de entender mejor una realidad compleja.

Dado que el AED toma como base la teoría microeconómica moderna para explicar el comportamiento de los individuos, sus modelos se asientan en sus mismos supuestos³⁸:

- Hipótesis de racionalidad. Los individuos se enfrentan a disyuntivas: para obtener algo hay que renunciar a otra cosa. Las alternativas a las que se enfrenta un individuo le proporcionan diferentes niveles de bienestar. Un individuo racional puede ordenar sus preferencias por dichas alternativas de acuerdo con la satisfacción que le reportan. El bienestar se mide a través de la utilidad, que recoge la satisfacción que le reporta al individuo una determinada alternativa elegida entre otras que no tomó, es decir, en términos de coste de oportunidad. La utilidad no es más que una puntuación numérica que representa la satisfacción que obtienen un individuo de una determinada alternativa. Para ello es preciso que se cumplan tres axiomas que garantizan la racionalidad de las preferencias:
 - Completitud: el individuo puede comparar y ordenar todas las alternativas posibles. Así, dadas dos alternativas cualesquiera, el individuo siempre puede compararlas, prefiriendo la primera a la segunda, la segunda a la primera o siendo indiferente entre ambas.
 - Reflexividad: cualquier alternativa es al menos tan buena como ella misma o como una alternativa idéntica.
 - Transitividad: Si la alternativa A es al menos tan buena como la alternativa B, y B es al menos tan buena como la alternativa C, entonces la alternativa A es

³⁸ QUEROL, N. (2014). *Análisis económico del derecho*, Madrid: Dykinson, p. 17.

al menos tan buena como la alternativa C. Normalmente este axioma es necesario para garantizar la coherencia del consumidor.

La utilidad es ordinal, no cardinal, por lo que no refleja el valor absoluto de la satisfacción que reporta al individuo una determinada alternativa, sino que establece una jerarquía entre las alternativas. En consecuencia, no se pueden establecer comparaciones entre individuos.

Además, puesto que en el modelo del AED las decisiones se toman en un contexto de información imperfecta, se recurre a la teoría de la utilidad esperada. De este modo la utilidad esperada de una determinada alternativa representa el valor para el individuo de los costes y beneficios inciertos de dicha alternativa ponderados por su probabilidad.

- Hipótesis de maximización. Los individuos tienen como objetivo maximizar su bienestar. No obstante, las alternativas al alcance del individuo están restringidas. Por tanto, un individuo racional escogerá la alternativa que maximice su utilidad dentro de las posibilidades que le permiten sus restricciones.
- Supuesto de soberanía del consumidor. El individuo es el mejor juez de su bienestar: es el propio individuo quien mejor determina el valor que tienen las cosas para él.
- Hipótesis de estabilidad. Los valores que los individuos asignan a sus costes y beneficios se mantienen estables ante las actuaciones de agentes externos.
- Principio de equilibrio. El comportamiento maximizador de los agentes tiende a impulsar la economía hacia un punto de equilibrio, es decir, un patrón de interacción que se tiende a mantenerse en el tiempo a menos que sea perturbado por fuerzas externas. Los agentes no persiguen el equilibrio, sino que siempre que piensen que pueden mejorar su situación tenderán a cambiarla.
- Además, para el AED, del mismo modo que la economía persigue la eficiencia, el sistema jurídico debe analizarse con base en el criterio de eficiencia.
- Cláusula *ceteris paribus*. Al estudiar el cambio en una variable concreta se considera que todos los demás factores permanecen constantes. De este modo, esta cláusula simplifica el análisis al tiempo que permite observar el efecto aislado de una variable sobre otra.

2.4.2. *Análisis coste-beneficio*

El análisis coste-beneficio es una técnica mediante la cual se puede calcular el beneficio neto de una determinada alternativa. Consiste en calcular el beneficio que reporta dicha opción y restar de él los costes necesarios para obtenerla, incluyendo el coste de oportunidad. El coste de oportunidad de una alternativa es aquello a lo que se renuncia para conseguirla, incluyendo la satisfacción o beneficio que se podría haber obtenido de haber elegido otras opciones.

No se trata necesariamente de un análisis patrimonial, sino que se puede realizar respecto a cualquier conducta. Al hablar de coste y beneficio, se está hablando de bienestar y malestar, respectivamente. Así, por ejemplo, cuando el artículo 179 del Código Penal castiga la violación con pena de prisión de seis a doce años, el beneficio para el violador sería el placer que obtiene con la agresión y el coste, la privación de libertad descontando la posibilidad de ser detectado y sancionado.

De este modo, el AED puede servirse tanto para estudiar el comportamiento de los individuos, como para comparar regulaciones alternativas y elegir aquella que reporte un mayor beneficio social.

2.4.3. *Matemáticas*

A través de las matemáticas, las teorías pueden utilizarse para construir modelos que permitan realizar predicciones cuantitativas. Además, las matemáticas permiten definir con precisión las premisas del modelo teórico, estableciendo cuál es la relación entre las distintas variables que lo integran, dotando a los modelos de claridad, exactitud y generalidad. Asimismo, definir los problemas jurídicos mediante símbolos abstractos ayuda a la comprensión de los mismos, al tiempo que puede revelar analogías estructurales con otros.

2.4.4. *Métodos empíricos*

Los métodos empíricos consisten en la obtención de información acerca del mundo real mediante la experiencia. A través de ellos se puede confeccionar, contrastar y modificar las hipótesis teorías, así como realizar predicciones y contrastar su precisión. Cuantificar la precisión de una predicción es tan importante como hacer la propia predicción, pues servirá para conocer si el modelo es una buena representación de la realidad.

Descartada la posibilidad de la experimentación en el derecho –así como en la economía–, debido a al coste y a la dificultad que entraña la realización de experimentos

controlados con regulaciones jurídicas, la única posibilidad de realizar estudios empíricos en el marco del AED es la observación: examinar y analizar la realidad sin alterarla. Para ello, se puede acudir a la estadística y la econometría.

Así, el AED puede llevar a cabo evaluaciones cuantitativas de los efectos del sistema jurídico a través de la estadística y la econometría, sirviéndose de ellas para cuantificar los efectos económicos de las normas jurídicas.

2.5. Tipos

En este epígrafe se hace referencia a los diferentes tipos de AED que puede haber según el enfoque que se adopte, diferenciando entre análisis positivo y normativo, análisis teórico y práctico y análisis fundamental y aplicado. No obstante, también puede distinguirse entre el viejo y nuevo AED, explicado anteriormente³⁹.

2.5.1. *Análisis positivo y análisis normativo*

El AED positivo busca explicar el sistema legal tal como es, en lugar de cómo cambiarlo para mejorarlo. Así, se centra en estudiar las consecuencias de las normas jurídicas, cualquiera que sea su origen (legal, judicial, privado, etc.), analizando la reacción de los individuos ante ellas y sus efectos (en términos de costes y beneficios) con el fin de establecer qué normas permiten alcanzar determinados objetivos. Por ejemplo, tratar de explicar el efecto que la subida del impuesto especial sobre el alcohol y bebidas alcohólicas puede tener sobre el consumo de estos productos.

Del mismo modo, también corresponde al análisis positivo el estudio de la influencia de determinadas circunstancias en el contenido y forma de las decisiones jurídicas. Así, busca explicar por qué se regulan ciertos supuestos y otros no, o en qué medida afecta la ideología y el sistema de retribución de los jueces al contenido de sus sentencias.

El análisis positivo del derecho puede decirse que empieza con A. SMITH, aunque sus ideas parece que no tuvieron mucho impacto, siendo difícil encontrar referencias a las mismas entre los académicos⁴⁰. Habrá que esperar un siglo para que O. W. HOLMES JR.⁴¹ publique *The Common Law* (1881), donde defiende que el derecho, en un momento dado,

³⁹ Ver epígrafe 2.2 Origen y antecedentes, p. 11.

⁴⁰ HYLTON, K. N. (2005). *Op. cit.*, pp. 91-92.

⁴¹ OLIVER WENDELL HOLMES JR. (1841-1935) fue un jurista estadounidense, juez asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos entre 1902 y 1932.

corresponde prácticamente con lo que en ese momento se entiende que es conveniente⁴². No obstante, el mayor exponente del AED positivo es R. A. POSNER, quien sostiene que el derecho común es el resultado de un esfuerzo, consciente o no, para inducir comportamientos eficientes⁴³. Es decir, se asume que los jueces diseñan normas que son eficientes en el sentido de que estas minimizarían los costes si fueran seguidas por los actores sin recurrir al litigio.

Por el contrario, el AED normativo se ocupa de explicar cómo debería ser el sistema jurídico. Es decir, a diferencia del análisis positivo que solo tiene como objetivo comprender las convenciones o los fenómenos existentes, el análisis normativo se propone diseñar instituciones óptimas o reformar las existentes con el fin de alcanzar resultados óptimos. No obstante, estos resultados óptimos son definidos por el analista, por lo que este enfoque tiene un fuerte componente subjetivo, ya que se sustenta en juicios de valor. Así, por ejemplo, un análisis normativo del sistema de responsabilidad civil comenzaría por fijar un objetivo a conseguir (como puede ser la minimización del coste de los accidentes), para después buscar que regulación permite la consecución de ese objetivo de la forma más eficiente.

Posiblemente, el primer atisbo de AED normativo lo encontramos en C. BECCARIA, quien analiza el crimen en términos utilitarios en su tratado *De los delitos y las penas* (1764)⁴⁴. Posteriormente, J. BENTHAM, en su obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789)⁴⁵, trata de determinar cómo sería un sistema de leyes si se construyera sobre una base puramente utilitaria. No obstante, el avance más significativo en el enfoque normativo del AED se producirá con la publicación de *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970)⁴⁶ de G. CALABRESI, donde el autor sobre la base de la reducción de los costes de los accidentes pretende mejorar el sistema de responsabilidad civil, abogando por un sistema mixto que combine la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva.

Hoy en día, sigue habiendo publicaciones que adoptan un enfoque positivo, pero parece que este enfoque es menos atractivo para los académicos que el normativo. Hay

⁴² HOLMES, O. W. (1881). *The Common Law*, Boston: Little, Brown and Company, pp. 1-2.

⁴³ POSNER, R. A. (1992). *Op. cit.*, pp. 251-252.

⁴⁴ BECCARIA, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas* (ed. MARTÍNEZ, M.), Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

⁴⁵ BENTHAM, J. (2000). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener: Batoche Books.

⁴⁶ CALABRESI, G. (1984). *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Barcelona: Ariel.

multitud de factores que explican el éxito del AED normativo, pero probablemente uno de los más relevantes sea que no requiere una gran inversión para aprender los detalles de la doctrina jurídica, por lo que a un académico normativo le resultará más fácil trabajar en múltiples disciplinas jurídicas⁴⁷.

No obstante, hay quienes se muestran críticos con el avance del AED normativo. En esta línea, K. N. HYLTON⁴⁸ se sirve del argumento esgrimido por K. POPPER⁴⁹ y M. FRIEDMAN⁵⁰ sobre el valor relativo del análisis positivo en economía: el análisis económico es más valioso cuando ayuda a comprender instituciones existentes y menos valioso cuando se usa para diseñar instituciones nuevas. De este modo, dado que el AED positivo es útil para descubrir la información oculta en una institución social, entonces los analistas deberían tratar de descubrir esa información antes de proponer reformas legislativas⁵¹.

2.5.2. *Análisis fundamental y análisis aplicado*

El AED fundamental trata de problemas generales, no de cuestiones específicas de un determinado ordenamiento jurídico, de relevancia global que puedan interesar en cualquier parte del mundo sea cual sea su sistema jurídico. En consecuencia, se dirigen principalmente a la comunidad internacional, integrada en su mayoría por académicos con estudios en economía.

Desde el punto de vista metodológico, las cuestiones tratadas son abordadas desde un punto de vista abstracto y, aunque también es posible encontrar trabajos empíricos referidos a sistemas normativos concretos, estas referencias son a título ilustrativo. Asimismo, los contenidos son técnicos y sofisticados, y en los artículos, publicados casi exclusivamente en inglés, abundan los modelos matemáticos y los estudios empíricos cualitativos, dejando al margen las crónicas legislativas y los comentarios jurisprudenciales⁵².

En cambio, el AED aplicado aborda cuestiones específicas de un ordenamiento jurídico concreto, teniendo una relevancia práctica mediata. Por ende, se dirigen a un público nacional en el que, si bien también es posible encontrar académicos, abundan los

⁴⁷ HYLTON, K. N. (2005). *Op. cit.*, p. 92.

⁴⁸ KEITH N. HYLTON es profesor distinguido William Fairfield Warren de la Universidad de Boston y profesor de derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston.

⁴⁹ KARL RAIMUND POPPER (1902-1994) fue un filósofo y académico austriaco, nacionalizado británico.

⁵⁰ MILTON FRIEDMAN (1912-2006) fue un economista y estadístico estadounidense, galardonado con el Premio Nobel de Economía en 1976 por sus logros en los campos del análisis del consumo, la historia y la teoría monetaria y por su demostración de la complejidad de la política de estabilización.

⁵¹ HYLTON, K. N. (2005). *Op. cit.*, p. 93-94.

⁵² DOMÉNECH, G. (2014). *Op. cit.*, pp. 106-107.

profesionales del derecho. Por lo general, sus autores poseen estudios superiores de derecho, no de economía.

En cuanto a la metodología, este enfoque aplica los argumentos y teorías del AED fundamental a problemas concretos. Los artículos, escritos en el idioma nacional, evitan los contenidos técnicos, buscando un lenguaje accesible para sus destinatarios⁵³.

2.6. Escuelas

A continuación, repasamos las principales escuelas de pensamiento vigentes actualmente en el ámbito del AED.

2.6.1. La Escuela de Chicago

La Escuela de Chicago, también conocida como AED tradicional u ortodoxo, es la dominante en la literatura⁵⁴. En su vertiente económica, esta escuela hace una defensa acérrima del libre mercado en un sistema de competencia perfecta, rechazando por tanto cualquier atisbo de intervención estatal en la economía. En el plano del AED, el enfoque ortodoxo se caracteriza por la aplicación directa de la microeconomía al estudio del sistema jurídico, sustentado en tres premisas básicas⁵⁵:

- La racionalidad de los individuos, que buscan la maximización de su utilidad.
- La influencia de los incentivos legales en el comportamiento de los individuos, asimilable a la que tienen los precios en los consumidores.
- La eficiencia como fin al que debe tender el sistema jurídico.

De este modo, el principio fundamental de este enfoque es la fijación de objetivos de eficiencia a la actividad legislativa y judicial; los cuales se pueden alcanzar ajustando los precios implícitos de las normas jurídicas, ya que estas, debido al comportamiento racional de los individuos, permitirán ajustar el nivel agregado de las actividades, ya que las personas siempre buscan maximizar su bienestar. Por lo tanto, una de las tesis principales de la Escuela de Chicago es la asunción de una racionalidad pura de los individuos, defendida por G. S. BECKER⁵⁶ y R. A. POSNER⁵⁷, llegando a convertirse en una de las características definitorias de este enfoque.

⁵³ DOMÉNECH, G. (2014). *Op. cit.*, p. 107.

⁵⁴ ARJONA, A. M. y RUBIO, M. (2002). *Op. cit.*, p. 121.

⁵⁵ ARJONA, A. M. y RUBIO, M. (2002). *Op. cit.*, p. 123.

⁵⁶ BECKER, G. S. (1968). "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, vol. 76, núm. 2, p. 176: "una persona comete un delito si la utilidad esperada que le reporta excede la que podría obtener empleando su tiempo y sus recursos en otras actividades" (traducción propia).

A la Escuela de Chicago pertenecen tres de las principales figuras del AED: R. H. COASE, G. S. BECKER y R. A. POSNER. En su artículo *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1968)⁵⁸, G. S. BECKER estudia el comportamiento criminal desde una óptica económica partiendo del individualismo, por lo que el objetivo deja de ser la búsqueda del máximo beneficio y pasa a ser la búsqueda de la máxima utilidad esperada. Sin embargo, esto plantea una serie de inconvenientes, ya que la utilidad se compone de otros elementos diferentes a la riqueza y no es comparable entre individuos. En consecuencia, se dificulta la comparación de las diferentes políticas públicas⁵⁹.

No obstante, el miembro más representativo del AED ortodoxo es R. A. POSNER. De acuerdo con él, la propia estructura de funcionamiento del derecho común, mediante la adaptación jurisprudencial de las normas legales, lleva a la depuración de estas, permitiendo la consolidación de aquellos principios que contribuyen a incrementar la riqueza del conjunto de la sociedad.

Otro miembro relevante de la Escuela de Chicago es F. H. KNIGHT⁶⁰, considerado uno de sus fundadores. Este autor destaca por establecer la tradicional división en el campo de la toma de decisiones en ausencia de perfecta certidumbre, distinguiendo entre situaciones de riesgo y de incertidumbre⁶¹.

2.6.2. La Escuela de New Haven

La Escuela de New Haven, también llamada Escuela de Yale, basa su enfoque en las escuelas de análisis de políticas públicas y el *social choice*⁶². De este modo, se plantean los siguientes objetivos del AED⁶³:

⁵⁷ POSNER, R. A. (1992). *Op. cit.*, p. 1: “un hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida” (traducción propia).

⁵⁸ BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*

⁵⁹ QUEROL, N. (2014). *Op. cit.*, p. 21-22.

⁶⁰ FRANK HYNEMAN KNIGHT (1885-1972) fue un economista estadounidense que pasó la mayor parte de su carrera en la Universidad de Chicago, donde se convirtió en uno de los fundadores de la Escuela de Chicago. Los premios Nobel M. FRIEDMAN, G. STIGLER y J. M. BUCHANAN fueron alumnos suyos.

⁶¹ Las situaciones de riesgo son aquellas en las que la aleatoriedad a la que se enfrenta el agente económico se presenta en forma de probabilidades objetivas. En cambio, las situaciones de incertidumbre se caracterizan porque el agente económico conoce los diferentes estados de la naturaleza, pero no su distribución de probabilidades, por lo que cada agente económico asigna un conjunto de probabilidades de manera subjetiva.

⁶² WESTREICHER, G. (2021). “Teoría de la elección social” [en línea], en *Economipedia.com*. La teoría de la elección social o *social choice* es un marco teórico que estudia el problema de la agregación de las preferencias individuales de los diferentes miembros de una comunidad determinada con el fin de llegar a una decisión colectiva que procure el bienestar social.

⁶³ ROSE-ACKERMAN, S. (1992). *Rethinking the progressive agenda: The reform of the American regulatory state*, Nueva York: Free Press. Citado por ARJONA, A. M. y RUBIO, M. (2002). *Op. cit.*, p. 124.

- Definir la justificación económica para la acción pública.
- Analizar las instituciones políticas y burocráticas de manera realista.
- Definir roles útiles para el sistema judicial en el ámbito de este sistema de política pública.

La Escuela de New Haven reconoce las ventajas del sistema de mercado como mecanismo de asignación de recursos escasos, pero pone el foco en los fallos del mercado⁶⁴, haciéndose necesaria la intervención estatal para corregirlos. Así, al contrario que para la Escuela de Chicago, para este enfoque el problema es la falta de regulación: el Gobierno debe intervenir para corregir los fallos de mercado, ya que estos tienen impacto no solo en la eficiencia, sino también en la distribución y en la justicia⁶⁵.

El origen de esta escuela se sitúa en los trabajos de G. CALABRESI. En su obra *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970)⁶⁶ el autor estudia la relación entre las reglas de responsabilidad y la distribución de las pérdidas. Asimismo, en *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral* (1972)⁶⁷ analiza, junto a A. D. MELAMED⁶⁸, la elección de medios para resolver litigios alrededor de los usos incompatibles de la propiedad, retomando el problema del coste social de R. H. COASE.

La principal seña de identidad de la Escuela de New Haven es la preocupación por la justicia y la equidad, negando que la eficiencia sea el principal valor que debe perseguir el derecho. Así, G. CALABRESI, al estudiar las reglas de responsabilidad, sostiene que cualquier sistema de responsabilidad civil “en primer lugar, debe ser justo y, en segundo, debe reducir los costes de los accidentes”⁶⁹, ya que “todo sistema de responsabilidad civil que estimule la realización de actos malos será interpretado como injusto tanto por el crítico como por la comunidad, a pesar de que sea realmente eficiente desde el punto de vista económico”⁷⁰.

De este modo, el AED debe analizar el derecho desde la perspectiva de la distribución, analizando qué es deseable de acuerdo con este punto de vista y desarrollando

⁶⁴ Las imperfecciones o fallos de mercado son situaciones en las que las decisiones descentralizadas de los agentes (es decir, de libre mercado) no conducen a una asignación de recursos eficiente. Ejemplos de fallos de mercado son las externalidades, los bienes públicos, la información imperfecta o la competencia imperfecta.

⁶⁵ QUEROL, N. (2014). *Op. cit.*, p. 22.

⁶⁶ CALABRESI, G. (1984). *Op. cit.*

⁶⁷ CALABRESI, G. y MELAMED, A. D. (1972). “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, núm. 6, pp. 1089-1128.

⁶⁸ ARTHUR DOUGLAS MELAMED (1945-) es un jurista estadounidense profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford.

⁶⁹ CALABRESI, G. (1984). *Op. cit.*, p. 42.

⁷⁰ CALABRESI, G. (1984). *Op. cit.*, p. 296.

definiciones de distribuciones justas. En consecuencia, la Escuela de New Haven rechaza el supuesto normativo, habitualmente implícito en otras escuelas, a favor del *statu quo* en la distribución de la riqueza⁷¹.

Finalmente, esta escuela deja a un lado las decisiones judiciales y pone un mayor énfasis en las leyes y los reglamentos. De este modo, sugiere estudiar el comportamiento de las instituciones y recurrir a herramientas de evaluación de políticas públicas. Ello requiere hacer uso de un modelo que permita estudiar el comportamiento del Estado como agente económico, para lo cual se considera que el gobierno es racional.

2.6.3. *El AED institucional*

La economía institucional tiene su origen en Estados Unidos a finales del siglo XIX, pero no ganará relevancia en el mundo de la economía hasta después de la Primera Guerra Mundial. Bajo esta denominación se engloba un conjunto heterogéneo de trabajos cuyo denominador común es resaltar la importancia de las instituciones en el funcionamiento de la economía.

Esta escuela se caracteriza por un marcado escepticismo con la idea de la racionalidad de la acción individual como criterio exclusivo de explicación del comportamiento humano. En este sentido, los institucionalistas se oponen al formalismo imperante en el pensamiento económico de la época, que relatava la universalidad de la razón, el comportamiento racional de los agentes económicos y la noción de equilibrio de los análisis de estática comparativa⁷².

De este modo, la economía institucional descansa sobre los siguientes principios⁷³:

- el comportamiento económico está condicionado por el entorno, pero también lo afecta;
- la interacción entre las instituciones y el comportamiento de los individuos es un proceso evolutivo, no estático;
- el objeto de estudio debe ser el conflicto dentro de la esfera económica, no el equilibrio, entendido como “un orden armonioso de libre interacción cooperativa, espontánea e inconsciente de los mercados”;
- para canalizar este conflicto es preciso estructurar instituciones que establezcan un sistema de control social sobre la actividad económica; y

⁷¹ ARJONA, A. M. y RUBIO, M. (2002). *Op. cit.*, p. 125.

⁷² QUEROL, N. (2014). *Op. cit.*, p. 23.

⁷³ ARJONA, A. M. y RUBIO, M. (2002). *Op. cit.*, p. 127.

- entender el comportamiento de los agentes económicos requiere de un enfoque interdisciplinario que combine los aportes de otras ciencias como la psicología, la sociología y el derecho.

Así las cosas, el AED centra sus esfuerzos en el análisis de las relaciones mutuas entre los procesos legales y económicos. Para ello, descompone esta relación en dos etapas: primero, cómo el sistema jurídico afecta y se ve afectado por los agentes económicos; y, segundo, cómo estos comportamientos afectan y se ven afectados por el desempeño económico. En su análisis, deja al margen la distinción entre las diferentes normas jurídicas, pues considera que todas son manifestaciones de la interrelación entre el Estado y la economía.

Miembros destacados de esta escuela son T. B. VEBLEN⁷⁴, considerado el fundador de la economía institucional, J. R. COMMONS⁷⁵, C. E. AYRES⁷⁶ y L. C. THUROW⁷⁷. J. R. COMMONS rechaza el individualismo metodológico de la teoría ortodoxa, centrandose en los conflictos de intereses inherentes a la economía. Para C. E. AYRES, desarrollando las ideas de T. B. VEBLEN, las instituciones juegan un papel residual en el desarrollo económico, siendo el principal impulsor del mismo la tecnología. Para L. C. THUROW las preferencias humanas no se determinan de forma individual, sino de forma social, por lo que las que rigen las instituciones no son universales, sino que difieren en cada sociedad.

2.6.4. *El AED neo-institucional*

La nueva economía institucional desarrolla el punto de vista sociológico de las instituciones, estudiando cómo las organizaciones y los individuos junto con ellas influyen en la sociedad.

Dentro del neo-institucionalismo se distinguen dos áreas de análisis⁷⁸. De un lado, el estudio del comportamiento de los individuos, que gira en torno al supuesto de racionalidad, en el sentido de que los agentes buscan lograr su mayor satisfacción sujetos a una serie de restricciones, siendo estas más numerosas y fuertes que las propuestas por la economía neoclásica, pues incorporan la existencia de derechos de propiedad, costes de

⁷⁴ THORSTEIN BUNDE VEBLEN (1857-1929) fue un sociólogo y economista estadounidense.

⁷⁵ JOHN ROGERS COMMONS (1862-1945) fue un economista y profesor estadounidense.

⁷⁶ CLARENCE EDWIN AYRES (1891-1972) fue el principal pensador de lo que algunos han llamado la escuela de economía institucional de Texas.

⁷⁷ LESTER CARL THUROW (1938-2016) fue un economista y político estadounidense, exdecano de la Sloan School of Management del MIT.

⁷⁸ ARJONA, A. M. y RUBIO, M. (2002). *Op. cit.*, p. 127.

transacción y limitaciones en la capacidad de cálculo de los individuos. Por otro lado, el análisis de la relación entre la estructura institucional de las sociedades y su desempeño económico, desde un punto de vista más positivo que normativo, buscando explicar las diferencias en el desempeño sobre la base del papel de las diferentes instituciones.

La escuela neo-institucional considera insuficientes los planteamientos neoclásicos para explicar la existencia de instituciones ineficientes en el sentido económico. Así, D. C. NORTH⁷⁹ diferencia entre organizaciones (los jugadores) e instituciones (las reglas del juego), cuya interacción determinará el sendero institucional (la forma como se van configurando las instituciones en una determinada sociedad). De este modo, las reglas del juego son endógenas, pues están influidas por los intereses de los jugadores exitosos en función de su poder relativo, rechazándose así la idea de que tengan siempre como finalidad la eficiencia económica. Además, debido a la interacción mutua entre los jugadores y las reglas del juego, la dependencia histórica de las instituciones en una sociedad repercute sobre la posibilidad de afectarlas⁸⁰.

En consecuencia, el cambio institucional es lento y evolutivo por dos motivos. En primer lugar, junto a las instituciones formales existen unas reglas del juego informales con raíces históricas, culturales e ideológicas cuyo cambio es pausado. En segundo término, las reglas del juego formales presentan un sesgo natural hacia el *statu quo*, pues su cambio encuentra resistencias por parte de los afectados, quienes suelen ser los jugadores que mejor se han adaptado a las reglas del juego que se pretenden cambiar. Así las cosas, las tensiones entre las reglas del juego formales y las informales generalmente se resuelven llevando unas y otras hacia un punto intermedio.

Además del ya mencionado D. C. NORTH, entre los miembros de esta escuela cabe destacar a O. E. WILLIAMSON⁸¹, máximo representante del conocido como AED de los costes de transacción, integrado dentro del AED neo-institucional.

2.6.5. *Public choice*

La *Public choice* o Teoría de la elección pública vincula la política y la economía a través del Estado, al considerar que los individuos son igual de racionales en sus relaciones

⁷⁹ DOUGLASS CECIL NORTH (1920-2015) fue un economista e historiador estadounidense, galardonado con el Premio Nobel de Economía en 1993 junto a ROBERT WILLIAM FOGEL por haber renovado la investigación en historia económica aplicando la teoría económica y los métodos cuantitativos para explicar el cambio económico e institucional.

⁸⁰ ARJONA, A. M. y RUBIO, M. (2002). *Op. cit.*, p. 128.

⁸¹ OLIVER EATON WILLIAMSON (1932-2020) fue un economista estadounidense, galardonado con el Premio Nobel de Economía en 2009 por su análisis de la gobernanza económica, especialmente de los límites de la empresa.

con el Estado que en sus asuntos económicos. La más representativa de esta escuela es J. M. BUCHANAN⁸².

La *Public choice* parte de la idea de que los burócratas y políticos buscan maximizar el presupuesto público, pero no con el objetivo de lograr el máximo bienestar social, sino para satisfacer sus propios intereses, relegando el bienestar social a un plano secundario. En consecuencia, de acuerdo con esta teoría, es el Gobierno, y no el mercado, el que debe ser limitado y reducido por el bien de la sociedad, por lo que propone desarrollar un marco institucional que aminore el poder político frente a la sociedad, debiendo los electores tener la posibilidad de controlar las decisiones de los actores públicos⁸³.

2.6.6. El AED conductista

El AED conductista, conocido también como *Behavioral Law and Economics*, reemplaza el supuesto de racionalidad pura por la racionalidad limitada⁸⁴. De este modo, supone que los individuos cometen errores tanto en la interpretación de los hechos como en la toma de decisiones, motivados por diferentes desviaciones y sesgos. Esta cuestión no es baladí, pues renunciar a la racionalidad individual abre la puerta a la intervención del Estado en las decisiones particulares con el fin de mejorar su nivel de bienestar.

El AED conductista se opone al axioma de la búsqueda del propio interés por parte de los individuos. Al margen de los comportamientos altruistas, los cuales han sido incorporados al análisis microeconómico tradicional sin mayor dificultad, hay otros comportamientos humanos que comprometen este postulado. En no pocas ocasiones, el comportamiento humano es guiado por criterios de justicia y equidad, llegando incluso a actuar en contra de su propio interés, renunciando a oportunidades que podrían reportarles beneficios que podrían no considerar equitativos o empeorando su situación si con ello evitan que un tercero consiga beneficios que consideran injustos.

Igualmente, el AED conductista recurre a la noción de fuerza de voluntad limitada, que trata de explicar por qué los individuos toman decisiones que pueden resultar perjudiciales a largo plazo, aun siendo conscientes de los costes que supondrán para ellos en el futuro (por ejemplo, no ahorrando para su jubilación o tomando decisiones perjudiciales para su salud, como el consumo de alcohol o drogas).

⁸² JAMES MCGILL BUCHANAN JR. (1919-2013) fue un economista estadounidense, galardonado con el Premio Nobel de Economía en 1986 por su desarrollo de las bases contractuales y constitucionales de la teoría de la toma de decisiones económicas y políticas.

⁸³ QUEROL, N. (2014). *Op. cit.*, p. 24.

⁸⁴ CABRILLO, F. y ALBERT, R. (2011). “El análisis económico del derecho en la encrucijada”, *Ekonomiaz*, núm. 77, pp. 209-212.

Otro concepto empleado por el AED conductista es el llamado efecto dotación, que afirma que los individuos atribuyen mayor valor a un bien por el mero hecho de poseerlo. Este efecto entra en conflicto con uno de los pilares del AED, el teorema de COASE, que afirma que, en ausencia de costes de transacción, la negociación entre las partes conducirá a una solución eficiente independientemente de la asignación inicial de los recursos.

Asimismo, el AED conductista centra su interés en los costes hundidos, aquellos costes en los que ya se ha incurrido y no se podrán recuperar en el futuro. De acuerdo con la teoría microeconómica tradicional, y en extensión con el AED ortodoxo, los costes de una determinada decisión se valoran de acuerdo con su coste de oportunidad, el cual no se ve afectado por el hecho de que el agente haya incurrido en costes previos no recuperables. Sin embargo, la experiencia nos muestra que en no pocas ocasiones los individuos mantienen inversiones que han generado o generan pérdidas ante el temor de perder lo que ya han invertido.

La economía conductual ha identificado otros muchos efectos que suponen desviaciones de la racionalidad pura. Algunos de ellos son la predisposición al optimismo, los individuos tienden a sobreestimar la probabilidad de experimentar situaciones positivas y subestimar las posibilidades de experimentar situaciones negativas; el exceso de confianza, los individuos tienden a sobreestimar los conocimientos y juicios subjetivos y considerarlos como certeros; o la aversión a las pérdidas, los individuos tienden a considerar que las pérdidas pesan más que las ganancias aun cuando estas tienen el mismo valor⁸⁵.

Entre los autores más relevantes de la Escuela conductual cabe destacar a R. H. THALER⁸⁶, quien analiza la toma de decisiones económicas con la ayuda de los conocimientos de la psicología, prestando especial atención a tres factores psicológicos: la tendencia a no comportarse de forma completamente racional; las nociones de justicia y razonabilidad; y la falta de autocontrol.

No obstante, si bien esta corriente del AED es relativamente reciente solo lo es en su aplicación de metodologías experimentales. La idea de que el supuesto de racionalidad pura no es una hipótesis realista del comportamiento humano ha sido una constante tanto en la literatura económica como en la legal. Así, J. BENTHAM tuvo en cuenta regularmente

⁸⁵ CADENAS, M. E. (2020). *Economía conductual para la protección del inversor: Recomendaciones prácticas para inversores, entidades y reguladores*, CNMV, Documentos de Trabajo N° 70, pp. 13-14.

⁸⁶ RICHARD H. THALER (1945-) es un economista estadounidense, galardonado con el Premio Nobel de Economía en 2017 por sus contribuciones a la economía conductual.

la posibilidad de que los delincuentes potenciales no respondieran de la manera racional típica a los castigos⁸⁷. Del mismo modo, G. CALABRESI, aunque basa sus teorías en que los individuos son generalmente racionales, admite desviaciones constantes de la racionalidad⁸⁸. Finalmente, G. S. BECKER explica el comportamiento de los adictos a las drogas en base a modelos de adicción racional⁸⁹.

2.6.7. *La Escuela de Harvard*

Nacida a finales de los años ochenta del siglo XX, la Escuela de Harvard es relativamente reciente. Esta escuela es muy productiva académicamente, destacando las figuras de L. KAPLOW⁹⁰ y H. E. JACKSON⁹¹. No obstante, el principal autor de esta corriente es S. SHAVELL⁹², cuyos estudios abarcan multitud de ámbitos, desde la propiedad, los contratos, los accidentes y la litigación hasta las sanciones óptimas y la delincuencia marginal. Asimismo, este autor, ante las incompatibilidades entre la justicia y el bienestar, estudia qué norma jurídica sería preferible desde la perspectiva de la eficiencia económica para alcanzar el máximo bienestar posible⁹³.

2.7. Críticas al AED

A pesar de su utilidad no son pocos quienes ven el AED con escepticismo. En este epígrafe se hará referencia a algunas de las críticas más comunes.

La principal crítica que se hace al AED es la primacía de la eficiencia. El objetivo del Estado es lograr el máximo bienestar de sus ciudadanos, por lo que, de acuerdo con el AED, el derecho debe responder a este objetivo persiguiendo la eficiencia. No obstante, esta es una de las principales críticas a esta disciplina, ya que supone relegar la justicia, valor tradicionalmente supuesto como fin último del derecho, a un segundo plano.

⁸⁷ HYLTON, K. N. (2018). *Op. cit.*, p. 10: De acuerdo con J. BENTHAM, a un ladrón habría que cortarle la mano, para que cuando considerara un futuro acto de robo le recordara el castigo que le esperaba. Esta teoría del castigo, al rechazar la noción de que una multa monetaria podría ser suficiente como elemento disuasorio, supone cierto grado de irracionalidad por parte del ladrón.

⁸⁸ CALABRESI, G. (1984). *Op. cit.*, p. 72: “En general, las áreas donde la gente es incapaz de descubrir lo que le conviene son aquellas en las que es preciso decidir entre un coste inmediato y una pérdida futura. En estos casos la gente se inclina por la felicidad presente y prescinde del futuro”.

⁸⁹ BECKER, G. S. y MURPHY, K. M. (1988). “A Theory of Rational Addiction”, *Journal of Political Economy*, vol. 96, núm. 4, pp. 675-700.

⁹⁰ LOUIS KAPLOW (1956-) es Profesor Internacional de Derecho y Economía Finn M.W. Caspersen and Household en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

⁹¹ HOWELL E. JACKSON (1954-) es Profesor de Derecho James S. Reid, Jr. en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

⁹² STEVEN SHAVELL (1946-) es profesor de Derecho y Economía Samuel R. Rosenthal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

⁹³ QUEROL, N. (2014). *Op. cit.*, p. 24.

El AED justifica este hecho en que no existe un concepto de justicia objetivo. Más allá de la clásica concepción de la justicia como “dar a cada uno lo que le corresponde”, no es fácil encontrar una definición universalmente aceptada que nos permita distinguir entre lo justo y lo injusto. No obstante, esta definición plantea diversos problemas, ya que puede adoptar significados diferentes en función de que se entienda por “dar” y por “corresponder”, hasta el punto de que “todos los abogados dicen que defienden la justicia de los dos lados de la misma controversia”⁹⁴. Asimismo, al ser concepto tan subjetivo, la idea de justicia puede estar condicionada por los sesgos de quien la define. En cambio, la eficiencia es un concepto más preciso, que puede servir al derecho para encontrar soluciones más correctas, eligiendo de entre todas las soluciones consideradas como justas la más eficiente.

No obstante, el AED no busca sustituir la justicia por la eficiencia, sino complementarla. De acuerdo con la concepción tradicional del AED, la justicia –entendida como equidad– tiene otras formas de imponerse, por lo que no se niega su papel en el derecho.

Asimismo, es posible encontrar argumentos dentro de esta disciplina que intentan conjugar ambas realidades. Como señala G. CALABRESI, en una sociedad donde los recursos son escasos, “evitar el desperdicio es parte de la noción común de justicia”⁹⁵. La eficiencia permite un mejor aprovechamiento de los recursos, lo que permitirá lograr un mayor bienestar social. Bajo esta perspectiva, se debe intentar construir un sistema jurídico que, sin olvidar los valores a los que se deba, sea eficiente. Por tanto, el concepto de eficiencia tiene un componente de justicia, pues evitar el desperdicio es una forma de justicia.

La otra gran crítica que se hace al AED es que los individuos no siempre actúan racionalmente. Esto es cierto, pero como ya se ha expuesto anteriormente, el AED conductista ha incorporado modelos de racionalidad limitada que permiten un análisis más realista del comportamiento de los individuos y de su reacción a los incentivos⁹⁶.

También se critica la excesiva simplicidad y falta de realismo de los modelos que emplea el AED. Esta crítica se sustenta en que el derecho es una realidad compleja que se encuentra en constante evolución. No obstante, el ser humano es incapaz de comprender

⁹⁴ BULLARD, A. (2019). *Análisis económico del derecho*, Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 34.

⁹⁵ CALABRESI, G. (1992). “Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿Puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto?”, *Ius et Veritas*, vol. 3, núm. 4, p. 90.

⁹⁶ El AED conductista se explica en el subepígrafe 2.6.6, p. 33.

todos los factores que afectan a un determinado hecho y calcular todas las consecuencias que se van a derivar de este. De este modo, el AED permite poner el foco en aquellos factores que son relevantes y obtener así conclusiones que de intentar hacer un estudio que abarcara la realidad en su totalidad sería imposible.

Por último, su metodología es cuestionable desde el punto de vista moral. Los métodos que usa el AED exigen medir todas las variables en una unidad común, siendo el método más habitual la valoración por su equivalente monetario. En consecuencia, la valoración monetaria de bienes jurídicos personalísimos como la vida, la libertad o la salud puede dar lugar a problemas éticos.

2.8. Estado actual

El AED ha sido considerado por muchos como la transformación más importante que se ha producido en la ciencia jurídica en las últimas décadas⁹⁷. No obstante, el éxito de esta disciplina no ha sido el mismo en todas las regiones. Mientras que en Estados Unidos ha experimentado un importante desarrollo, en Europa y los países hispanoamericanos el AED ha tenido una menor aceptación⁹⁸, aunque su influencia no ha dejado de aumentar⁹⁹.

El AED tiene su origen en Estados Unidos, por lo que no es de extrañar que sea el país donde más desarrollo ha tenido, alcanzando una posición preeminente a nivel mundial¹⁰⁰. La mayoría de los autores coincide en que uno de los factores que explica el éxito del AED en este país es el papel que tuvo la tradición del realismo legal, especialmente durante la década de los años veinte del siglo pasado¹⁰¹. Este movimiento parte de una reacción general al formalismo, buscando una aproximación más realista a los problemas jurídicos. De este modo, esta corriente propugna la conveniencia de estudiar el derecho en relación con la realidad social en que actúa, abriendo paso a la entrada de las ciencias sociales en el análisis jurídico, siendo la economía la ciencia más capacitada para ello¹⁰².

También se han señalado otras posibles causas que han contribuido a la hegemonía estadounidense en la materia, como la competencia entre las universidades norteamericanas

⁹⁷ En tal sentido se manifiestan POSNER, R. A. (2001), “El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker”, *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 44, p. 37; y CABRILLO, F. y ALBERT, R. (2011), *Op. cit.*, pp. 203-204.

⁹⁸ ARJONA, A. M. y RUBIO, M. (2002). *Op. cit.*, p. 120.

⁹⁹ DOMÉNECH, G. (2014). *Op. cit.*, p. 100.

¹⁰⁰ DOMÉNECH, G. (2014). *Op. cit.*, p. 100.

¹⁰¹ ARJONA, A. M. y RUBIO, M. (2002). *Op. cit.*, p. 142.

¹⁰² CABRILLO, F. y ALBERT, R. (2011). *Op. cit.*, p. 206.

por atraer al mejor profesorado y alumnado, haciendo necesaria la innovación, incluyendo la jurídica; o la presión por investigar a la que están sometidos los profesores de las universidades estadounidenses, que ven en esta disciplina de nueva creación una oportunidad para escribir artículos originales e innovadores¹⁰³.

No obstante, el AED no se circunscribe únicamente a Estados Unidos, sino que también ha experimentado una notable expansión en países del Common Law, como Canadá¹⁰⁴. Que la recepción de esta disciplina haya sido mayor en los países con este sistema legal que en los países del derecho continental podría explicarse por la propia configuración del Common Law, que “demandaría la creación de una teoría unificadora que serviría para cubrir «el sitio» que en el sistema continental ocupan los códigos y la doctrina jurídica”¹⁰⁵. Sin embargo, esta teoría falla a la hora de explicar por qué en otros países del Common Law como Reino Unido o la India no ha tenido gran acogida.

En el continente europeo, el AED comenzó a expandirse progresivamente a través de escuelas alemanas, pero actualmente no puede considerarse una corriente doctrinal de gran relevancia ni ocupa un lugar destacado en los departamentos de Economía, existiendo muy pocas cátedras de Análisis Económico del Derecho –con la notable excepción de Países Bajos–¹⁰⁶. A pesar de ello, sí es posible encontrar revistas especializadas en la materia, como la *Review of Law and Economics* y el *European Journal of Law and Economics*. Además, también existen programas universitarios sobre AED, como el EMLE (*European Master Program in Law and Economics*) o el Master Universitario de Análisis Económico del Derecho organizado por la Fundación Ortega y Gasset.

Mención especial merece Israel, país donde el AED ha tenido un importante desarrollo. De hecho, la Universidad Bar-Ilan es una de las pocas universidades que cuentan con una colección de *working papers* sobre AED fuera de Norteamérica¹⁰⁷.

Finalmente, la acogida del AED tampoco ha sido la misma en todas las ramas del derecho. Mientras que en ramas del derecho con mayor contenido económico, como el derecho mercantil –especialmente el derecho de sociedades y el derecho de la competencia–, ha experimentado un gran auge, en otras como el derecho de familia o el derecho constitucional su acogida ha sido escasa¹⁰⁸.

¹⁰³ CABRILLO, F. y ALBERT, R. (2011). *Op. cit.*, pp. 206-207.

¹⁰⁴ DOMÉNECH, G. (2014). *Op. cit.*, p. 100.

¹⁰⁵ CABRILLO, F. y ALBERT, R. (2011). *Op. cit.*, pp. 205-206.

¹⁰⁶ CABRILLO, F. y ALBERT, R. (2011). *Op. cit.*, p. 204-205.

¹⁰⁷ CABRILLO, F. y ALBERT, R. (2011). *Op. cit.*, p. 205.

¹⁰⁸ DOMÉNECH, G. (2014). *Op. cit.*, p. 101.

3. APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO AL DERECHO PENAL

El análisis económico del derecho penal consiste en el estudio de la decisión de delinquir, es decir, sobre la forma en que esta decisión puede verse afectada por los incentivos creados a través del sistema judicial, y la eficiencia en la asignación de los recursos en la prevención del delito. Esta es una de las ramas de más reciente aparición dentro del AED, siendo además una de las que más actividad ha generado¹⁰⁹. Su origen se fija en 1968, con la publicación del célebre artículo de G. S. BECKER *Crime and Punishment: An Economic Approach*¹¹⁰. Sin embargo, las primeras aproximaciones al derecho penal desde una perspectiva económica se remontan al siglo XVIII.

En sus cursos de jurisprudencia, A. SMITH consideraba a los delincuentes como actores racionales que cometen delitos cuando el beneficio privado de hacerlo es mayor que el coste privado. Así, sostiene que cuando la tentación y la oportunidad aumentan, el castigo también debe aumentar¹¹¹ y que la severidad del castigo debe aumentar a medida que disminuye la probabilidad de detección¹¹².

Asimismo, en su tratado *De los delitos y las penas* (1764)¹¹³, C. BECCARIA analiza el crimen en términos utilitarios, tratando los delitos y los delincuentes de acuerdo con a los daños y beneficios que aportan a la sociedad. En su obra, llega a conclusiones como que el castigo debe fijarse a un nivel que anule las ganancias esperadas del actor criminal, y no por encima de ese nivel¹¹⁴, o que constituyen un mayor freno a la conducta criminal la infalibilidad de las penas que su severidad¹¹⁵.

Por su parte, los escritos de J. BENTHAM contienen un extenso análisis del derecho penal y de la aplicación de la ley. En su obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789)¹¹⁶, el autor argumenta que una persona comete un delito únicamente si el

¹⁰⁹ ORTIZ DE URBINA, Í. (2015). “Análisis económico del delito: lo que hay y lo que puede haber”, *Economía industrial*, núm. 398, p. 55.

¹¹⁰ BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*

¹¹¹ SMITH, A. (1982). *Lectures on Jurisprudence*. The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith. Indianapolis: Liberty Fund, p. 132. Citado por MAHONEY, P. G. (2017). *Op. cit.*, p. 217.

¹¹² SMITH, A. (1982). *Op. cit.*, p. 132. Citado por MAHONEY, P. G. (2017). *Op. cit.*, p. 217.

¹¹³ BECCARIA, C. (2015). *Op. cit.*

¹¹⁴ BECCARIA, C. (2015). *Op. cit.*, p. 55.

¹¹⁵ BECCARIA, C. (2015). *Op. cit.*, p. 55.

¹¹⁶ BENTHAM, J. (2000). *Op. cit.*

placer que espera obtener por el crimen supera al dolor anticipado, es decir, si el beneficio es mayor que el coste¹¹⁷. En consecuencia, sostiene que la pena prevista no debe ser inferior en ningún caso a lo que sea suficiente para superar el del beneficio del delito¹¹⁸.

No obstante, estas aportaciones cayeron prácticamente en el olvido, habiendo de esperar dos siglos para que estas ideas revivan de la mano de G. S. BECKER¹¹⁹. En 1968 publica *Crime and Punishment: An Economic Approach*¹²⁰, donde aplica la teoría de la elección racional al estudio del comportamiento criminal. En dicho artículo, estudia el derecho penal con el objetivo de desarrollar una política criminal rentable que maximice la lucha de la sociedad contra la delincuencia, sosteniendo que el coste económico debe ser tenido en cuenta en la elaboración de las políticas criminales.

A partir de los trabajos de G. S. BECKER, los economistas han invadido el campo de la criminología utilizando su modelo de comportamiento racional. Su modelo puede utilizarse para predecir cómo los cambios en la probabilidad y severidad de las sanciones, así como en diversos factores socioeconómicos, pueden afectar al número de delitos. De hecho, numerosos estudios empíricos confirman las predicciones de la teoría económica¹²¹.

En este capítulo comenzamos analizando la decisión individual de delinquir para con base en ello estudiar cual es la asignación óptima de recursos frente a la criminalidad. Posteriormente, se hará referencia a la disuasión marginal, así como al dilema entre las multas y la prisión. Finalmente, se hará referencia a las limitaciones de la aplicación del AED al derecho penal.

3.1. La decisión de delinquir

El AED estudia la decisión de delinquir a través de un modelo de elección racional que pretende explicar el comportamiento delictivo. Así, se parte de la base de que los individuos son racionales, por lo que intentan maximizar su bienestar dentro de sus limitaciones. Por tanto, de acuerdo con esta idea, una persona comete un delito si el beneficio que espera obtener con ello supera el coste incurrido. En consecuencia, las

¹¹⁷ BENTHAM, J. (2000). *Op. cit.*, p. 14: “La naturaleza ha puesto a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos, el dolor y el placer. Solo a ellos corresponde señalar lo que debemos hacer, así como determinar lo que haremos”, y p. 61: “La tendencia general de un acto es más o menos pernicioso, según la suma total de sus consecuencias: es decir, según la diferencia entre la suma de las que son buenas, y la suma de las que son malas” (traducción propia).

¹¹⁸ BENTHAM, J. (2000). *Op. cit.*, p. 141.

¹¹⁹ POSNER, R. A. (2001). *Op. cit.*, p. 54.

¹²⁰ BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*

¹²¹ BUTLER, H. N.; DRAHOZAL, C. R. y SHEPHERD, J. M. (2014). *Economic Analysis for Lawyers*, Durham: Carolina Academic Press, p. 383.

personas no se convierten en criminales porque su motivación básica difiera de la de otras personas, sino porque sus costes y beneficios son diferentes¹²².

Sin embargo, esto no significa que los individuos hagan un cálculo minucioso de todas las consecuencias derivadas de un delito antes de su comisión, sino que lo que les ha impulsado a delinquir es la sensación de que hacerlo es mejor que abstenerse de ello. Así, el modelo supone que la decisión de cometer un delito es el resultado de un análisis coste-beneficio que los individuos realizan consciente o inconscientemente.

3.1.1. Costes y beneficios del delito

Los beneficios y costes de los delitos son de naturaleza muy diversa, variando en función del delito y de la persona del delincuente. En cuanto a los beneficios obtenidos de un acto delictivo, estos hacen referencia a la satisfacción que obtiene el individuo por la comisión del delito. Algunos beneficios son tangibles, como las ganancias obtenidas por robo o fraude fiscal. Otros, en cambio, son intangibles, como la emoción del peligro, la sensación de realización o saciar la sed de venganza.

Por lo que respecta a los costes derivados de un acto delictivo, estos se pueden clasificar en cuatro categorías: los costes materiales, los costes psicológicos, los costes de oportunidad y los costes esperados del castigo. Los costes materiales hacen referencia a todos los gastos incurridos en la preparación, ejecución y ocultación del delito (por ejemplo, los gastos en equipamiento, armas o disfraces), es decir, cualquier desembolso que haga el criminal para llevar a cabo el acto delictivo. Los costes psicológicos incluyen la culpa, los remordimientos, el miedo, la ansiedad o cualesquiera otras emociones negativas asociadas a la comisión del delito.

El coste de oportunidad del delito consiste en el beneficio neto –es decir, la diferencia entre beneficio bruto y coste– de las actividades a la que se renuncia para planificar, realizar y ocultar el acto delictivo¹²³, es decir, aquellos beneficios que podría ganar el delincuente si dedicara su tiempo y sus recursos a otras actividades. Cuanto más bajo sea el nivel de ingresos legales de una persona, menor será su coste de oportunidad por participar en una actividad ilegal. De este modo, cuanto menor sea el salario de un individuo, menor será para él el coste de oportunidad del delito, ya que no estará renunciando a unos ingresos legales sustanciales.

¹²² BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*, p. 176.

¹²³ EIDE, E.; RUBIN, P. H. y SHEPHERD, J. M. (2006). “Economics of crime”, *Foundations and Trends in Microeconomics*, vol. 2, núm. 3, pp. 215.

Los costes del castigo incluyen el coste de todas las sanciones formales e informales. La sanción formal es el castigo que impone el ordenamiento por la comisión del acto delictivo: la pena. Las penas pueden adoptar diversas formas: multa, privación de libertad, inhabilitación para el ejercicio de una actividad, pena de muerte, etc. En el caso de la pena de multa, el coste del castigo es el importe de la misma, pero en otros casos el cálculo del coste es más complejo. Así, por ejemplo, cuando la sanción formal es una pena de prisión, el coste de la pena incorpora el perjuicio que supone para el delincuente ir a la cárcel: la pérdida de ingresos, la privación de libertad, el daño que pueda sufrir mientras esté en prisión, etc. No obstante, con independencia de la forma que adopte la sanción formal, cuanto más severa sea, mayor será el coste del delito.

Las sanciones informales incluyen los inconvenientes personales relacionados con la detención, el juicio y la condena. A ello hay que añadir el estigma social causado por la detención y las sanciones formales, que puede influir en las reacciones con los empleadores, la familia, los amigos y los conocidos, así como la reducción de los ingresos legítimos que obtendrá un delincuente una vez que tenga antecedentes penales (por ejemplo, tener antecedentes dificulta a la hora de acceder a un puesto de trabajo)¹²⁴. De hecho, las sanciones informales pueden tener un efecto más fuerte en la conducta de los individuos que las sanciones formales¹²⁵.

No obstante, no todos los criminales son castigados, ya que no todos los detenidos son finalmente condenados. Además, podría darse el caso de que un criminal fuera aprehendido y condenado, pero que al final la sentencia no se ejecutase o que el reo fuera indultado o amnistiado. Por tanto, el individuo no toma su decisión en función del coste del castigo, sino atendiendo al coste esperado. De este modo, los costes del castigo deben ponderarse en función de la probabilidad de que el individuo sea detenido, condenado y efectivamente castigado.

Por otro lado, muchas características personales pueden influir en este análisis coste-beneficio. En primer lugar, las tasas de descuento individuales afectan a los beneficios y costes esperados de la actividad delictiva. Los beneficios del delito suelen producirse de inmediato, mientras que el castigo es algo que puede llegar en el futuro y que se prolonga en el tiempo. Por lo tanto, un individuo con una tasa de descuento alta tenderá a cometer más delitos que alguien con una tasa baja, ya que pondera mucho más el presente (el

¹²⁴ BUTLER, H. N.; DRAHOZAL, C. R. y SHEPHERD, J. M. (2014). *Op. cit.*, p. 385.

¹²⁵ EIDE, E.; RUBIN, P. H. y SHEPHERD, J. M. (2006). *Op. cit.*, p. 214-215.

beneficio de la actividad delictiva) que el futuro (los costes esperados de la actividad delictiva)¹²⁶.

Asimismo, la probabilidad de castigo será diferente para cada persona. Algunos individuos son más hábiles que otros para ocultar el delito y eludir a la policía. Además, también hay diferencias en la capacidad de defenderse en los tribunales o de contratar buenos abogados¹²⁷. Así, ante una posible condena de 10 años, un individuo que se enfrenta a una probabilidad del 25% de ser condenado tendrá un mayor coste, *ceteris paribus*, que otro que se enfrente a una probabilidad del 10%.

Finalmente, la actitud frente al riesgo también influye. En el caso de individuos amantes del riesgo, un aumento de la probabilidad de castigo reduciría la utilidad esperada y, por tanto, el número de delitos más que un aumento de la pena. En cambio, para los individuos aversos al riesgo, un aumento de la pena tendría un mayor efecto disuasorio que un aumento equivalente de la probabilidad de castigo. Por último, para los individuos neutrales al riesgo ambas situaciones tendrían el mismo efecto.

3.1.2. *Cómo evitar la rentabilidad de las actividades delictivas*

La rentabilidad de un delito se basa en la relación entre el beneficio y los costes esperados para quien lo comete. Por tanto, si se identifican los componentes más importantes de los beneficios y los costes de las actividades delictivas se podrá influir en el carácter rentable de dichas actividades.

Por lo que respecta a los beneficios, podrían, por ejemplo, reducirse las ganancias potenciales de un robo –y, en consecuencia, el beneficio esperado– mediante una distribución más equitativa de la riqueza. De este modo, el patrimonio de los individuos más ricos será menor, por lo que el botín potencial del ladrón será inferior, reduciendo con ello el beneficio esperado. Sin embargo, es posible que esta medida no sea eficaz para reducir la incidencia de los robos. Cuanto mayor sea el patrimonio de una persona, menor será el coste unitario (es decir, el coste por unidad de riqueza) de protegerla. En consecuencia, la dispersión de la riqueza puede hacer que sus propietarios no vean rentable tomar medidas para mantenerla a salvo, con lo que el coste del robo se reduce¹²⁸.

En cuanto a los costes del delito, se puede incidir en las cuatro categorías expuestas anteriormente con el fin de incrementarlos. Así, los costes materiales podrían aumentarse,

¹²⁶ BUTLER, H. N.; DRAHOZAL, C. R. y SHEPHERD, J. M. (2014). *Op. cit.*, p. 386.

¹²⁷ EIDE, E.; RUBIN, P. H. y SHEPHERD, J. M. (2006). *Op. cit.*, p. 215.

¹²⁸ POSNER, R. A. (1992). *Op. cit.*, p. 223.

por ejemplo, imponiendo impuestos o restricciones a la venta de armas de fuego. No obstante, como señala R. A. POSNER, “al reducir el número de armas de fuego que poseen los propietarios y comerciantes respetuosos con la ley, puede reducir el coste del robo para el ladrón al convertir el robo en una actividad menos arriesgada”¹²⁹. Asimismo, los costes psicológicos podrían incrementarse mediante una mayor concienciación de la sociedad.

Del mismo modo, los costes de oportunidad de la delincuencia podrían incrementarse mediante políticas de fomento del empleo o elevando el salario mínimo, lo que aumentaría los ingresos derivados del trabajo legítimo. Sin embargo, un sistema de bienestar grava indirectamente los ingresos legítimos: perder las prestaciones sociales es el coste de ganar suficiente dinero para dejar de estar cualificado para recibir ayudas sociales, lo que reduce los ingresos netos del trabajo y con ello el coste de oportunidad de la delincuencia¹³⁰. A pesar de ello, las condiciones económicas desempeñan un papel fundamental en la criminalidad, por lo que, a largo plazo, la manera más eficaz de reducir la delincuencia es aumentar las posibilidades de obtención de ingresos por medios legítimos¹³¹.

No obstante, el análisis económico del derecho penal se centra principalmente en los costes esperados del castigo, en los cuales se puede influir a través de sus dos componentes: las sanciones y la probabilidad de castigo. Por tanto, estos serán los factores objeto de estudio de este trabajo, considerando los demás costes como variables exógenas¹³².

3.1.3. *El efecto disuasorio de las penas*

El coste esperado del delito depende del castigo esperado por su comisión: la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico ponderada por la probabilidad de castigo. En consecuencia, para incrementar el castigo de un acto delictivo se puede recurrir a tres mecanismos: aumentar las penas, aumentar la probabilidad de que esa pena se produzca o aumentar ambas simultáneamente.

Los delitos pueden ordenarse según su gravedad y las penas según su severidad. Por lo general, a mayor gravedad del delito, mayor será la pena. Esta relación puede expresarse a través de una función matemática, cuya representación gráfica dará lugar a una curva de

¹²⁹ POSNER, R. A. (1992). *Op. cit.*, p. 223 (traducción propia).

¹³⁰ POSNER, R. A. (1992). *Op. cit.*, p. 223.

¹³¹ QUEROL, N. (2014). *Op. cit.*, p. 143.

¹³² LÓPEZ, J. F. (2019). “Variable exógena” [en línea], en *Economipedia.com*. “Una variable exógena es aquella cuyo valor está determinado por factores externos al modelo en el que se incluye”.

coste con pendiente positiva¹³³ –la curva coste (si el castigo es seguro) en el gráfico 3.1.(a)–. De este modo, un aumento de las penas desplazará la curva de coste hacia arriba, mientras que una reducción tendrá el efecto contrario.

No obstante, ya se ha expuesto anteriormente que el castigo es probabilístico: es posible que una vez cometido un delito su autor no sea aprehendido o que, siendo aprehendido, no sea finalmente condenado. Por ello, el individuo toma su decisión atendiendo al castigo esperado, resultante de ponderar la pena por la probabilidad de ser castigado. Así las cosas, la curva de coste esperado –gráfico 3.1.(a)– también será creciente respecto de la gravedad del delito, pero siempre por debajo de la curva de coste si el castigo fuese seguro, pues la probabilidad, por definición, únicamente puede tomar valores entre cero y uno.

Por tanto, a mayor pena o mayor probabilidad de castigo, la curva de coste esperado se desplazará hacia arriba. Del mismo modo, ante reducciones en la pena o en la probabilidad de castigo la curva se desplazará hacia abajo. Sin embargo, en caso de que la pena aumente y la probabilidad de castigo disminuya, o viceversa, el efecto sobre la curva de coste esperado dependerá de la relación entre ambos, pudiendo desplazarse hacia arriba, hacia abajo o no desplazarse.

En cuanto al beneficio del delito, generalmente las ganancias que se obtienen de los actos ilícitos tienden a aumentar con la gravedad del delito¹³⁴. En consecuencia, la curva de beneficio –gráfico 3.1.(a)– también tendrá pendiente positiva.

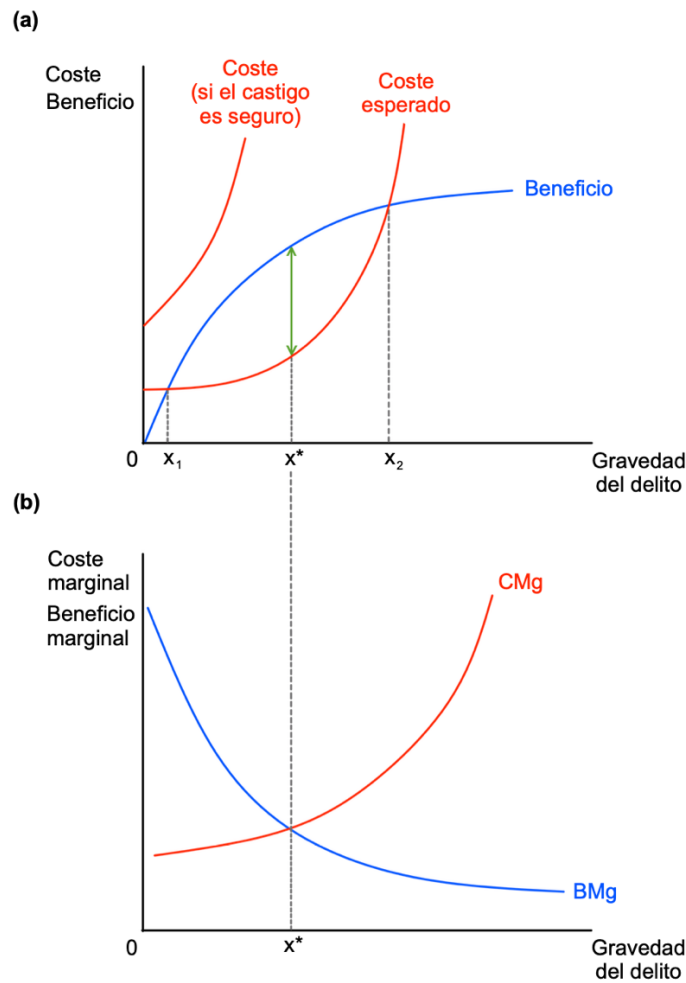
Para poder comparar coste con beneficio es necesario medirlos en unidades equivalentes. Para ello, lo más habitual en economía –y en consecuencia en el AED– es valorar todas las variables por su equivalente monetario. De este modo, podemos representar los costes y beneficios en el gráfico 3.1.(a), midiendo en el eje horizontal la gravedad del delito¹³⁵ y en el eje vertical el beneficio y los costes esperados del mismo.

¹³³ Recordamos que estamos considerando que los demás costes son constantes, por lo que la forma funcional vendrá determinada por el castigo.

¹³⁴ BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*, p. 173.

¹³⁵ La gravedad del delito se puede medir en unidades monetarias considerando como medida de la gravedad el coste del daño causado.

Gráfico 3.1 La decisión de cometer un delito



Fuente: Elaboración propia

Una persona racional cometerá actos delictivos mientras el beneficio que obtenga con ella sea superior al coste esperado. Por lo tanto, en una situación como la descrita en el gráfico 3.1.(a) una persona racional cometerá un delito que sea al menos tan grave como x_1 , pero no más grave que x_2 , ya que fuera de este intervalo los costes superan a los beneficios.

De hecho, en el gráfico 3.1.(a) también puede observarse la gravedad exacta de la ofensa más rentable. Puesto que el beneficio esperado del delito es igual a diferencia entre la ganancia y el coste esperado –representado en el gráfico por la distancia vertical entre ambas curvas–, la gravedad del delito que lo maximiza es igual a x^* .

El comportamiento racional del delincuente puede expresarse usando notación matemática, donde x es la gravedad del delito, BE el beneficio esperado, B el beneficio y C el coste esperado¹³⁶:

¹³⁶ El beneficio esperado es la suma ponderada del beneficio asociado a cada uno de los resultados potenciales –en este caso ser castigado y no ser castigado, aunque podría enriquecerse el análisis incorporando

$$\max_x BE = B - C$$

De la condición de primer orden (igualar la primera derivada a cero) se obtiene la condición de optimalidad¹³⁷:

$$\frac{\partial BE}{\partial x} = \frac{\partial B}{\partial x} - \frac{\partial C}{\partial x} = BMg - CMg = 0 \rightarrow BMg = CMg$$

De este modo, los individuos asignan sus recursos a la actividad delictiva hasta que los beneficios marginales son iguales a los costes marginales –gráfico 3.1.(b)–. Es decir, el delincuente aumentará la gravedad del delito hasta el punto en el que el beneficio que obtiene por el último céntimo de daño causado sea igual al coste que le supone producir ese último céntimo de daño.

En este subepígrafe se analiza el supuesto de que la decisión que enfrenta el individuo es elegir la gravedad del delito que va a cometer. No obstante, si en vez de considerar la gravedad de un único delito consideramos el número de delitos cometidos por una persona el análisis llega a la misma conclusión: un individuo racional cometerá el número de delitos que maximice su beneficio esperado, lo cual se producirá cuando el beneficio marginal se iguale a su coste marginal.

Para algunas personas, los beneficios marginales de la delincuencia serán siempre inferiores a los costes marginales de la misma, por lo que el modelo económico predeciría que nunca cometerían actos delictivos. Para otros, en cambio, los beneficios marginales

las probabilidades de detención y condena–, siendo la ponderación su probabilidad de ocurrencia. Matemáticamente puede expresarse:

$$\begin{aligned} BE &= (1 - p)(B - g - r - o) + p(B - g - r - o - f - i) = B - g - r - o - p(f + i) = \\ &= B - (g + r + o + p(f + i)) = B - C \end{aligned}$$

donde BE es el beneficio esperado; p la probabilidad de castigo; B el beneficio del delito; g los costes materiales del delito; r los costes psicológicos; o el coste de oportunidad de planificar, realizar y ocultar el acto delictivo; f la sanción formal (la pena); i las sanciones informales y C el coste total esperado del delito.

¹³⁷ Las condiciones de segundo orden exigen que para que el punto sea máximo la segunda derivada debe ser menor que cero:

$$\frac{\partial^2 BE}{\partial x^2} = \frac{\partial BMg}{\partial x} - \frac{\partial CMg}{\partial x} < 0 \rightarrow \frac{\partial BMg}{\partial x} < \frac{\partial CMg}{\partial x}$$

Como señala G. S. BECKER (1968, p. 173), parece plausible que los delincuentes reciban ganancias marginales decrecientes, por lo que la curva de beneficio marginal –curva BMg en el gráfico 3.1.(b)– será decreciente, siendo su derivada menor que cero. Por otro lado, si el coste marginal tiende a aumentar a medida que aumenta la gravedad del delito –algo que parece razonable–, la curva de coste marginal –curva CMg en el gráfico 3.1.(b)– será creciente, por lo que su derivada será mayor que cero. En consecuencia, si se dan estas dos condiciones se cumple la condición de segundo orden.

serán superiores a los costes marginales, por lo que cabría esperar que estas personas se especializaran en la delincuencia. No obstante, para la mayor parte de la población los costes marginales suelen superar a los beneficios marginales, pero en ocasiones los costes marginales pueden parecer especialmente bajos o los beneficios marginales especialmente altos, lo que les impulsará a cometer un delito¹³⁸.

Así las cosas, el Estado puede modificar tanto las penas como la probabilidad de castigo para incrementar el coste del delito y evitar la rentabilidad de las actividades delictivas, con lo que el nivel de delincuencia caerá. De este modo, se puede construir una función que relacione el número de delitos que comete un sujeto con las penas, la probabilidad de condena y otras variables. Igualmente, tomando los valores medios de estos parámetros se puede construir una función que relacione dichas variables con el número total de delitos cometidos en una sociedad, que no será más que la suma de los delitos cometidos por cada uno de sus individuos¹³⁹.

3.1.4. *Actitud frente al riesgo*

Hasta ahora hemos asumido que un criminal comete un acto delictivo si el beneficio esperado del mismo es positivo. No obstante, realmente los individuos no toman sus decisiones en base a los beneficios que esperan obtener, sino de la utilidad que les reporta dicho beneficio. Por lo general, la teoría económica asume que la utilidad de un individuo es creciente con el nivel de renta: cuanto mayor sea la renta de un individuo mayor será la utilidad. Por tanto, afirmar que un individuo cometerá un delito si el beneficio esperado del acto delictivo es positivo equivale a afirmar que cometerá el delito si la utilidad esperada es positiva, y no lo hará si es negativa¹⁴⁰.

Sin embargo, considerar la utilidad esperada en vez del beneficio esperado en el análisis tiene importantes implicaciones. Mientras que es posible encontrar infinitas combinaciones de probabilidad de castigo y severidad de la pena que produzcan un mismo beneficio esperado, el cambio en la probabilidad afectará a la utilidad esperada de los individuos, aunque el beneficio esperado se mantenga constante, porque la cantidad de riesgo cambia. En consecuencia, los individuos responderán de manera diferente en función de su actitud ante el riesgo.

¹³⁸ BUTLER, H. N.; DRAHOZAL, C. R. y SHEPHERD, J. M. (2014). *Op. cit.*, pp. 384-385.

¹³⁹ BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*, p. 178.

¹⁴⁰ Un beneficio esperado negativo implica una pérdida de renta y, por tanto, desutilidad –es decir, utilidad negativa–.

La teoría económica define la aversión al riesgo como la preferencia por una renta segura frente a una renta arriesgada que tenga el mismo valor esperado. Traducido al ámbito del derecho penal esto quiere decir que los individuos con aversión al riesgo prefieren una pena cierta f , es decir, una pena con una probabilidad de castigo igual a uno, a una sanción incierta con una media de f , es decir, a una sanción mayor que la anterior pero asociada a una probabilidad de castigo inferior¹⁴¹. En consecuencia, un aumento de la pena y su correspondiente reducción de la probabilidad de castigo supone una menor utilidad para el individuo, teniendo un mayor efecto disuasorio.

Por el contrario, la preferencia por el riesgo supone que una renta arriesgada reporta más utilidad al individuo que una renta segura que tenga el mismo valor esperado. Por tanto, de acuerdo con esta definición los individuos amantes del riesgo prefieren una pena incierta con una media f , es decir, una combinación entre una probabilidad de castigo menor que uno y una pena superior a f , que a una pena cierta f , es decir, con una probabilidad de castigo igual a uno¹⁴². En consecuencia, para estos individuos un aumento de la probabilidad de castigo supone una mayor desutilidad que un aumento proporcional de la pena. Por tanto, un aumento de la probabilidad de castigo tendrá un mayor efecto disuasorio que un aumento de la pena.

Finalmente, la neutralidad ante el riesgo supone la indiferencia entre una renta segura y una renta arriesgada que tenga el mismo valor esperado, es decir, ambas reportan la misma utilidad. Por tanto, un individuo neutral al riesgo será indiferente entre una pena incierta de media f y una pena cierta f , por lo que para estos individuos un aumento de la probabilidad de castigo compensado con una reducción de la pena y un aumento de la pena compensado con una reducción de la probabilidad de castigo tendrán el mismo efecto disuasorio.

En definitiva, para los individuos amantes del riesgo, un aumento de la probabilidad de castigo reduciría la utilidad esperada y, por tanto, el número de delitos más que un aumento de la pena; mientras que para los individuos aversos al riesgo el efecto será el contrario¹⁴³.

¹⁴¹ EIDE, E.; RUBIN, P. H. y SHEPHERD, J. M. (2006). *Op. cit.*, p. 251.

¹⁴² EIDE, E.; RUBIN, P. H. y SHEPHERD, J. M. (2006). *Op. cit.*, p. 252.

¹⁴³ La demostración matemática que lo justifica puede encontrarse en BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*, p. 178.

3.2. La asignación óptima de los recursos sociales frente a la criminalidad

En el epígrafe anterior hemos visto como el Estado puede disminuir el nivel de criminalidad incrementando las penas y la probabilidad de castigo. No obstante, aumentar estos parámetros tiene un coste para la sociedad, el cual habrá de ser tenido en cuenta a la hora de determinar las políticas contra la delincuencia.

3.2.1. *El coste social del delito*

De un lado, encontramos el daño neto causado por la actividad delictiva. Con la comisión de un delito los delincuentes ganan algo a costa de producir un daño a las víctimas. Para el análisis económico del derecho penal, el daño social resultante es igual a la pérdida neta de valor, es decir, la diferencia entre el daño de las víctimas y el beneficio del delincuente. Así, por ejemplo, si para entrar a robar un producto valorado en 1000 euros un ladrón causa destrozos en la tienda por valor de 600 euros, el delincuente ganará 1000 euros y la víctima perderá 1600 euros, pero el daño para la sociedad será de 600 euros (los 1600 euros de daño a la víctima menos los 1000 euros de ganancia del delincuente). Por tanto, desde esta perspectiva el daño social causado por el delito es igual al valor destruido, no al valor redistribuido¹⁴⁴.

El hecho de que el beneficio del delincuente contrarreste el daño de la víctima se justifica porque el bienestar de los delincuentes, en tanto que también son parte de la sociedad, también forma parte del bienestar social. No obstante, es cuestionable desde un punto de vista ético que la ganancia ilícita del delincuente cuente como un beneficio social.

Por otro lado, la sociedad destina recursos para la prevención del delito. Por ejemplo, los comerciantes instalan alarmas en sus locales para prevenir robos y el Estado emplea a policías para garantizar la seguridad de los ciudadanos. De este modo, tanto el Estado como los particulares emplean recursos para protegerse contra la delincuencia, lo que supone un coste. No obstante, aunque los costes de prevención pueden ser públicos o privados, nos vamos a centrar en los costes públicos.

Asimismo, la sociedad también destina recursos para la detención y la condena de los delincuentes. Cuanto más se gaste en policía, personal judicial y equipos especializados, más fácil será descubrir los delitos y condenar a sus autores. En consecuencia, un aumento de la probabilidad de castigo supone un aumento del coste social del delito.

¹⁴⁴ COOTER, R. y ULEN, T. (1998). *Derecho y Economía*, México D. F.: Fondo de Cultura Económica, p. 561.

Además, dado que los recursos son escasos, destinar recursos a la prevención, detención y condena de los delitos acarrea un coste de oportunidad para la sociedad: los recursos que se destinen a estas actividades no podrán emplearse para sanidad, educación, obras públicas, etc.

Igualmente, las penas no afectan solo a los delincuentes, sino que también inciden sobre la sociedad. De un lado, el Estado tiene que destinar recursos para el mantenimiento de las prisiones, comida para los presos, el cobro de multas, etc.; con sus correspondientes costes de oportunidad. Asimismo, otras personas pueden resultar perjudicadas por la condena, como puede ser el caso de los familiares de los delincuentes condenados a prisión. Además, algunos castigos también suponen un coste de oportunidad que perjudica a la sociedad, por ejemplo, si un delincuente es condenado a prisión, mientras esté encerrado no podrá dedicarse a su actividad legal, lo que supone una pérdida de riqueza para la sociedad.

Por lo tanto, el coste social de los castigos es el coste para los delincuentes más el coste o menos la ganancia para los demás miembros de la sociedad. Así, las multas producen una ganancia social prácticamente equivalente al coste para los condenados (salvo por los costes de su recaudación), por lo que el coste social de las multas es aproximadamente cero. Por otro lado, el coste social del encarcelamiento suele ser superior al coste para los delincuentes, ya que otros miembros de la sociedad también se ven perjudicados¹⁴⁵. En consecuencia, un aumento de la severidad de las penas supone un coste para la sociedad —que será mayor en el caso de la prisión que en el de las multas—.

En definitiva, el coste social del delito es igual a la suma del daño que causa y los costes derivados de la lucha contra la delincuencia. Finalmente, es preciso señalar que, para poder comparar los diferentes costes y beneficios sociales del delito, lo habitual es convertirlos en su equivalente monetario.

3.2.2. *La disuasión óptima*

Así las cosas, el objetivo que tradicionalmente fija el AED para derecho penal es minimizar el coste social del delito, que es igual a la suma del daño que causa y los costes derivados de la lucha contra la delincuencia. No obstante, con la reducción de la delincuencia los ciudadanos ven incrementado su bienestar, por lo que la disuasión dará lugar a un beneficio social. En consecuencia, la disuasión óptima será aquella que logre el

¹⁴⁵ BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*, p. 180.

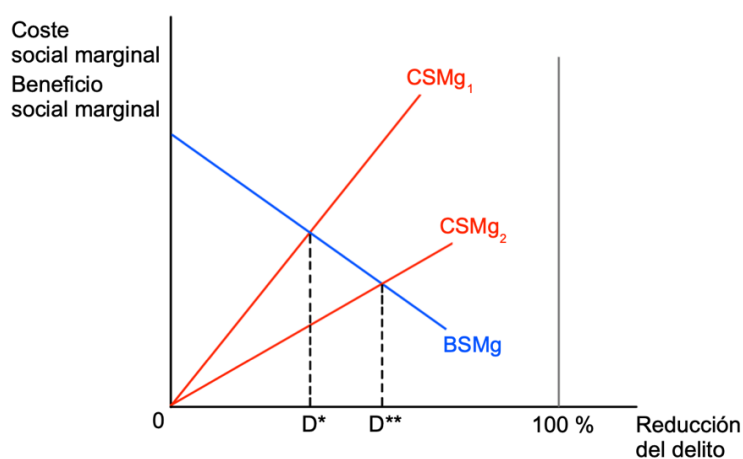
mayor beneficio social neto, entendido como la diferencia entre el beneficio social derivado de la reducción de la delincuencia (disuasión) y el coste social del delito.

Por lo que respecta al beneficio social de la disuasión, este aumentará a medida que se reduce el nivel de delincuencia, por lo que su representación gráfica será una curva creciente. No obstante, el beneficio social de la reducción de delitos disminuye a medida que se reduce el nivel de delincuencia (es decir, a medida que aumenta la disuasión)¹⁴⁶. En consecuencia, la curva de beneficio social marginal –curva BSMg en el gráfico 3.2– tiene pendiente negativa.

En cuanto a los costes sociales del delito, estos aumentarán a medida que aumente la disuasión, por lo que gráficamente también se representa con una curva creciente. Además, a medida que se reduce el nivel de delitos lograr reducciones adicionales es cada vez más costoso¹⁴⁷. Por tanto, la curva de coste social marginal –curva CSMg en el gráfico 3.2– tiene pendiente positiva.

El gráfico 3.2 muestra cómo se logra el equilibrio entre el coste social del delito y el beneficio de su prevención. El eje horizontal mide la reducción de la actividad delictiva (disuasión), variando desde su reducción nula en el origen hasta una ausencia completa de delitos (una disuasión del 100%). El eje vertical mide el coste y el beneficio social marginal.

Gráfico 3.2 La disuasión óptima



Fuente: Elaboración propia a partir de COOTER, R. y ULEN, T. (1998)

El objetivo del Estado es maximizar el beneficio social neto (BSN), que es la diferencia entre el beneficio social (BS) y el coste social (CS). Matemáticamente, se puede plantear como un problema de optimización respecto del nivel de disuasión (D):

¹⁴⁶ COOTER, R. y ULEN, T. (1998). *Op. cit.*, p. 564.

¹⁴⁷ COOTER, R. y ULEN, T. (1998). *Op. cit.*, p. 564.

$$\max_D BSN = BS - CS$$

Para lograr la maximización, las condiciones de primer orden exigen igualar la primera derivada a cero¹⁴⁸:

$$\frac{\partial BSN}{\partial D} = \frac{\partial BS}{\partial D} - \frac{\partial CS}{\partial D} = BSMg - CSMg = 0 \rightarrow BSMg = CSMg$$

Por tanto, la disuasión socialmente óptima $-D^*$ en el gráfico 3.2– se da en el punto en el que el coste social marginal de una reducción adicional del delito se iguala con el beneficio social marginal que reporta a la sociedad. Esto quiere decir que la cantidad óptima de disuasión se produce cuando el beneficio social adicional de cada céntimo destinado a la lucha contra la delincuencia se iguala al coste de oportunidad de ese mismo céntimo, es decir, al beneficio que podría obtenerse si se destinará a otro uso alternativo.

Así, para cualquier nivel de reducción del delito por debajo del óptimo el beneficio social marginal de una disminución adicional es superior al coste marginal de lograrla, por lo que la sociedad debería aumentar la disuasión. En cambio, para cualquier reducción superior a la óptima los costes marginales exceden los beneficios marginales, por lo que la sociedad debería permitir que más delitos se queden sin disuadir.

No obstante, cambios en el beneficio social o en el coste social pueden hacer que el nivel óptimo de disuasión cambie. Así, por ejemplo, si baja el precio de los vehículos policiales y, por tanto, disminuye el coste de prevención del delito, la curva de coste social marginal se desplazará hacia abajo –pasando de la curva $CSMg_1$ a la curva $CSMg_2$ en el gráfico 3.2–. Si beneficio social se mantiene constante, este cambio dará lugar a un aumento del nivel de disuasión óptimo $-D^{**}$ en el gráfico 3.2–.

En definitiva, la eficiencia requiere que los recursos que se destinen a la disuasión maximicen el beneficio social neto. Esto nos ayuda a entender por qué una sociedad racional no puede eliminar los delitos en su totalidad: la disuasión tiene un coste. Además, si aumenta el coste de la lucha contra la delincuencia, disminuirá la cantidad de disuasión

¹⁴⁸ Las condiciones de segundo orden exigen que para que el punto sea máximo la segunda derivada debe ser menor que cero:

$$\frac{\partial^2 BSN}{\partial D^2} = \frac{\partial BSMg}{\partial D} - \frac{\partial CSMg}{\partial D} < 0 \rightarrow \frac{\partial BSMg}{\partial D} < \frac{\partial CSMg}{\partial D}$$

Al ser la curva de coste marginal creciente, su derivada es positiva, y al ser la curva de beneficio marginal decreciente, su derivada es negativa. En consecuencia, la derivada del coste marginal siempre será superior a la derivada del beneficio marginal, por lo que también se cumple la condición de segundo orden.

óptima. Del mismo modo, si aumenta el daño del delito la disuasión óptima se incrementará.

3.2.3. *La combinación eficiente de certeza y severidad del castigo*

Una vez determinado el nivel óptimo de disuasión, se debe decidir qué combinación de certeza y severidad del castigo emplear para producir una pena esperada que logre dicha disuasión óptima.

Si el objetivo fuera simplemente la disuasión, la probabilidad de castigo podría elevarse hasta que fuera casi igual a la unidad, y podrían establecerse penas muy superiores a las ganancias que el delito reporta al delincuente, pudiendo reducirse así el número de delitos casi en su totalidad¹⁴⁹. Sin embargo, un aumento de la probabilidad de castigo incrementa el coste social de los delitos a través de su efecto sobre el coste de la lucha contra la delincuencia, al igual que un aumento de la severidad de las penas por su efecto en el coste ejecutar los castigos.

Del mismo modo, si el objetivo fuera simplemente hacer que el castigo se ajuste al delito, la probabilidad de castigo podría fijarse cercana a la unidad, y la severidad del castigo podría equipararse al daño causado al resto de la sociedad¹⁵⁰. No obstante, al igual que en el caso anterior, esta política ignora el coste social de los aumentos de la probabilidad de castigo y la severidad de las penas.

Ante esta situación se hace necesario un criterio que tenga en cuenta no solo los beneficios de la disuasión, sino también el coste social del castigo. De este modo, el objetivo del derecho penal debe ser minimizar el coste social del delito, por lo que se hace necesario buscar una combinación de probabilidad de castigo y severidad de la pena que sea eficiente.

Si los delincuentes potenciales son neutrales al riesgo y no tienen limitaciones de riqueza, todas las combinaciones de probabilidad de castigo y severidad de la pena que produzcan un idéntico castigo esperado inducirán niveles idénticos de disuasión.

En cuanto a las multas, aumentar su importe no supone casi ningún coste adicional de recaudación, es más, genera ingresos adicionales para la sociedad. Por lo tanto, una combinación de baja probabilidad de castigo y multa elevada logrará la misma disuasión que una combinación de alta probabilidad de castigo y multa baja, pero con un coste social inferior.

¹⁴⁹ BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*, p. 180.

¹⁵⁰ BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*, p. 181.

A diferencia de las multas, el aumento de la severidad del encarcelamiento supone costes adicionales a la sociedad. A pesar de ello, puede seguir siendo relativamente más barato aumentar la severidad del encarcelamiento que aumentar la probabilidad de castigo: aunque las penas de prisión más largas aumentan los costes de ejecución, se encarcela a menos personas, lo que disminuye los costes de ejecución y compensa el aumento de las penas más largas¹⁵¹. Por tanto, como en el caso de las multas, la combinación óptima de probabilidad de castigo y severidad es una pena de prisión larga y una probabilidad baja.

En definitiva, es relativamente barato para la sociedad aumentar la severidad de las sanciones, por lo que una combinación de baja probabilidad de castigo y pena severa logrará la misma disuasión que una combinación de alta probabilidad de castigo y pena leve, pero con un coste social menor.

3.3. La disuasión marginal

La combinación de baja probabilidad de castigo y alta severidad de la pena puede no ser óptima si el objetivo es la disuasión marginal, ya que, si las penas para todos los delitos se fijan en su nivel máximo, una vez tomada la decisión de delinquir no hay razón para no cometer un delito más grave¹⁵². Por ejemplo, si una persona decide atracar a alguien, también podría disparar a la víctima y a otros posibles testigos, ya que, mientras que el asesinato no conlleva ninguna pena adicional, matar a la víctima y a los testigos reduce la probabilidad de ser castigado. Los beneficios de lograr la disuasión marginal fueron señalados hace tiempo por C. BECCARIA¹⁵³ y J. BENTHAM¹⁵⁴.

Por tanto, la amenaza de sanciones influye no solo en que los individuos sean disuadidos de cometer delitos, sino también, en el caso de que no lo sean, en qué actos delictivos elegirán cometer. En particular, los individuos no disuadidos tendrán una razón para cometer delitos menos graves en lugar de más graves si las sanciones esperadas aumentan con el daño¹⁵⁵. Así, retomando el ejemplo anterior, la pena por atraco no debería fijarse en su nivel máximo, sino en un nivel lo suficientemente por debajo de la pena por

¹⁵¹ POSNER, R. A. (1992). *Op. cit.*, 230.

¹⁵² BUTLER, H. N.; DRAHOZAL, C. R. y SHEPHERD, J. M. (2014). *Op. cit.*, p. 408.

¹⁵³ BECCARIA, C. (2015). *Op. cit.*, p. 27: “Si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja”.

¹⁵⁴ BENTHAM, J. (2000). *Op. cit.*, p. 142: “Cuando dos delitos entran en competencia, el castigo por el delito mayor debe ser suficiente para inducir a un hombre a preferir el menor” (traducción propia).

¹⁵⁵ KAPLOW, L. y SHAVELL, S. (1999). *Op. cit.*, p. 74.

asesinato para que la pena más alta por asesinato proporcione un elemento disuasorio adicional.

Sin embargo, la severidad de las sanciones tiene límites, por lo que la disuasión marginal tiene un coste: para que las penas aumenten con la magnitud del daño puede ser necesario aplicar sanciones más bajas a los delitos menos graves, lo que reducirá su disuasión. No obstante, aunque las penas esperadas más bajas supondrán un aumento de los delitos más leves, la reducción del daño por la disminución de los delitos más graves compensará el aumento del daño de los delitos menores, aumentando el bienestar social.

La disuasión marginal puede promoverse ajustando tanto la probabilidad de castigo, así como la severidad de las penas. Así, en lugar de lograr la disuasión marginal reduciendo la sanción para los delitos leves, el Estado puede reducir la probabilidad de castigo de esos actos. Esta medida, además de lograr el mismo resultado en cuanto a la disuasión, supone un ahorro de los recursos destinados para la lucha contra la delincuencia. No obstante, cuando el control es general –en el sentido de que la actividad de un agente de la ley detectará varios tipos de infracciones diferentes–, la misma probabilidad de detección será aplicable a una serie de delitos, en cuyo caso el ajuste de las penas puede ser la única forma de lograr la disuasión marginal¹⁵⁶.

En definitiva, dado que una conducta criminal leve puede conducir a otras más graves por parte del mismo individuo, las penas deberán ser establecidas de modo que exista una amenaza de castigo adicional si se opta por una conducta más grave. Para ello es preciso que las penas aumenten a medida que aumenta el daño, evitando que conductas de diferente gravedad sean castigadas con la misma pena.

3.4. El dilema entre las multas y la prisión

Los castigos que puede imponer el derecho a quienes cometen actos delictivos son muy variados. No obstante, dos son las sanciones más comunes en el ordenamiento penal: las multas y la prisión.

Las multas imponen pocos costes a la sociedad, ya que su único coste es el de su recaudación, el cual es prácticamente nulo. Es más, al ser transferencias de renta de los delincuentes condenados al Estado, suponen una fuente de ingresos para la sociedad, compensando de alguna forma el daño causado¹⁵⁷.

¹⁵⁶ KAPLOW, L. y SHAVELL, S. (1999). *Op. cit.*, p. 74.

¹⁵⁷ QUEROL, N. (2014). *Op. cit.*, p. 147.

Por el contrario, las penas de prisión no solo no generan ingresos para la sociedad, sino que además le suponen unos costes de ejecución considerables: el mantenimiento de las cárceles, el cuidado de los presos, personal de seguridad, etc. Además, no hay que olvidar el coste de oportunidad que supone privar de libertad a una persona: el tiempo que un delincuente esté encerrado no lo dedicará a actividades productivas lícitas, lo que supone un menos beneficio social, no solo desde el punto de vista del delincuente –que deja de percibir ingresos–, sino también desde el punto de vista colectivo, ya que la sociedad pierde la renta que generaría si estuviese en libertad. Por tanto, las penas de prisión no solo no resarcan el daño causado, sino que además obligan a las víctimas –en tanto que forman parte de la sociedad– a gastar recursos adicionales para castigar a los delincuentes.

Otro aspecto a tener en cuenta es que los delincuentes encarcelados pueden ganar capital humano para la comisión de futuros delitos si aprenden técnicas de otros convictos o conocen a futuros socios criminales mientras están encarcelados¹⁵⁸. Esto reduciría su pena esperada para futuros delitos, ya que su probabilidad de castigo sería menor, lo que supondría una reducción de la disuasión.

Por todo ello, las multas deberían ser la sanción preferida del derecho penal. Sin embargo, esta pena no está exenta de críticas.

El principal problema que acarrearán las multas es que tienen como límite máximo la riqueza del individuo. Si la multa supera el nivel de riqueza de un individuo, entonces la pena esperada para dicho individuo será menor que la pena esperada que el ordenamiento jurídico previó al seleccionar la probabilidad de castigo y la severidad de la sanción¹⁵⁹. Por ejemplo, asumiendo una probabilidad de castigo del 10%, si el ordenamiento jurídico fija una pena de 500 euros por la comisión de un delito, pero la riqueza del individuo asciende únicamente a 100 euros, la sanción esperada para dicho individuo será de 10 euros en lugar de 50 euros. En consecuencia, para evitar que esto suceda también debe imponerse una pena de prisión con el fin de que la pena esperada alcance el nivel deseado.

Además, el análisis económico del derecho penal también ayuda a determinar cuál es la combinación óptima de ambos. La eficiencia requiere agotar al castigo más barato (multas) antes de recurrir a otros medios más costosos (prisión)¹⁶⁰. En consecuencia, el

¹⁵⁸ EIDE, E.; RUBIN, P. H. y SHEPHERD, J. M. (2006). *Op. cit.*, p. 215.

¹⁵⁹ BUTLER, H. N.; DRAHOZAL, C. R. y SHEPHERD, J. M. (2014). *Op. cit.*, p. 402.

¹⁶⁰ QUEROL, N. (2014). *Op. cit.*, p. 147.

importe de la multa debe fijarse lo más alto posible: el nivel de riqueza del individuo, ya que esta es la cantidad máxima que puede pagar.

Otro argumento en contra de las penas de multa es que son inmorales porque permiten a los delincuentes cometer un delito pagando un precio. No obstante, esta crítica no está muy sustentada, puesto que cualquier pena puede ser vista como el precio por cometer un crimen, la única diferencia es la unidad de pago: mientras que las multas se miden en unidades monetarias, la prisión en unidades de tiempo¹⁶¹.

Igualmente, se critica que las penas de multa no tengan en cuenta el nivel de ingresos de los condenados¹⁶². La idea que subyace es que cuanto mayor sea el poder económico del condenado menor esfuerzo supondrá para él el pago de la multa. No obstante, si el objetivo del derecho penal es la minimización del coste social del delito, la severidad del castigo –y en consecuencia el importe de la multa– deberían fijarse en función del daño causado, no atendiendo a circunstancias personales del delincuente como su nivel de ingresos, raza, sexo, etc.¹⁶³

Finalmente, algunos delitos, como el asesinato o la violación, son tan atroces que ninguna cantidad de dinero podría compensar el daño causado. Realmente, este es un caso análogo al expuesto en la primera crítica a las multas: no se puede sancionar exclusivamente con multas cuando el daño causado excede la riqueza del delincuente. Al ser actos tan horribles, por muy alta que sea la multa, nunca será suficiente para compensar por completo a las víctimas, por lo que habría que recurrir a multas tan desorbitadas que debido a las limitaciones de la riqueza de los delincuentes no supondrían un mayor castigo esperado. Por tanto, para disuadir a los delincuentes de forma óptima habrá que acudir a penas de prisión. Esto explica por qué en casi todos los ordenamientos los delitos más graves son castigados con penas de prisión y no con pena de multa¹⁶⁴.

En consecuencia, pese a que por lo general las penas de multa son mejores desde el punto de vista de la eficiencia social, en muchas situaciones es necesario recurrir a las penas de prisión o a una combinación de ambas.

¹⁶¹ BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*, p. 194.

¹⁶² QUEROL, N. (2014). *Op. cit.*, p. 149.

¹⁶³ BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*, p. 195.

¹⁶⁴ BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*, p. 196.

3.5. Limitaciones de la aplicación del análisis económico del derecho al derecho penal

El éxito del AED en esta rama del derecho es cuanto menos discutible. El extenso número de trabajos sobre el tema contrasta con la escasa aplicación práctica de sus supuestos, quedando relegado en su exclusividad al ámbito académico¹⁶⁵. Cinco son las razones principales que pueden explicar rechazo a la visión que el AED propone del derecho penal.

En primer lugar, la crítica al comportamiento racional de los individuos se hace más acusada en un ámbito como el derecho penal. El modelo de elección racional puede ser útil para comprender el comportamiento de los delincuentes cuando estamos ante delitos patrimoniales, pero falla a la hora de explicar los llamados delitos pasionales. En estos casos, los individuos no actúan movidos por conseguir un fin, sino que sucumben a sus instintos dejándose llevar por sus emociones. Están tan cegados por sus deseos de llevar a cabo el acto delictivo que ninguna pena esperada (por muy certera que sea la probabilidad de castigo y muy severo que sea la pena) podrá disuadirles de su actuación.

En segundo término, si hay un ámbito del derecho donde la justicia toma especial relevancia es en la rama penal, siendo difícil justificar determinadas decisiones con argumentos de eficiencia: ¿cómo decirle a una madre que no se va a buscar al asesino de su hijo porque sale demasiado caro? Además, ¿la insatisfacción para la sociedad derivada de los crímenes sin resolver no debería tenerse en cuenta también a la hora de evaluar los costes y beneficios sociales del delito? Asimismo, si el beneficio personal que obtiene el delincuente con un asesinato o una violación es mucho mayor que el coste de su prevención, ¿debería la sociedad tolerarlo porque genera bienestar social? De acuerdo con el modelo económico del delito sí, pero esta afirmación es, cuanto menos, deplorable.

En tercer lugar, la hipótesis de partida del análisis económico del derecho penal es que existe un nivel óptimo de disuasión, lo que equivale a decir que hay un nivel óptimo de delitos que la sociedad debe consentir. Es cierto que en toda la historia de la humanidad la criminalidad ha sido una constante, no habiendo sido capaz de acabar con ella ninguna sociedad. Pero hay una diferencia muy notable entre contrastar una realidad y sucumbir a ella.

Asimismo, a pesar de que es posible incluir otro tipo de costes del delito en el modelo, el AED tradicional pone el foco en los castigos como método para lograr la

¹⁶⁵ ORTIZ DE URBINA, Í. (2015). *Op. cit.*, pp. 55-56.

disuasión, dejando a un lado otros elementos más importantes. La evidencia empírica muestra que las condiciones socioeconómicas juegan un papel fundamental en la criminalidad¹⁶⁶. Por tanto, frente a la solución cortoplacista que supone aumentar el castigo esperado –que no soluciona el problema, solo mitiga sus efectos–, a largo plazo la forma más eficaz de luchar contra la delincuencia es incrementar el coste de oportunidad de delinquir aumentando las posibilidades de obtención de ingresos por medios legítimos.

Finalmente, el método del AED exige valorar todos los costes y beneficios por su equivalente monetario, lo cual entraña numerosos problemas, no solo prácticos, sino también éticos: ¿cuánto vale una vida humana? ¿hay vidas que valen más que otras? Asimismo, considerar que el beneficio del delincuente se tenga en cuenta a la hora de calcular el beneficio social es moralmente cuestionable: ¿cómo se puede defender que el placer de un violador mejora el bienestar de una sociedad de la que la víctima y sus familiares también son parte?

Con todo, el análisis económico del derecho penal puede ayudar a la hora de elaborar políticas públicas contra la criminalidad, ya ofrece una nueva perspectiva del comportamiento criminal y toma conciencia de que el verdadero coste social de la prevención es superior al coste material de poner estas políticas en marcha, pero para ser útil ha de ser consciente de sus limitaciones.

¹⁶⁶ QUEROL, N. (2014). *Op. cit.*, p. 143.

4. CONCLUSIONES

El AED es una disciplina metodológica que se sirve de los métodos y herramientas empleados en la teoría económica para estudiar los efectos del derecho en el comportamiento de los individuos y evaluar la deseabilidad social de dichos efectos en base a la eficiencia. Así, a diferencia del método jurídico tradicional, centrado en la justicia y coherencia del sistema jurídico¹⁶⁷, el AED pone el foco en las consecuencias del derecho, buscando que las normas e instituciones sean eficientes, lo que le ha granjeado no pocas críticas. No obstante, esto no significa que el AED ignore la justicia, sino que adopta una visión de la justicia como eficiencia: “en el mundo donde los recursos son escasos desperdiciar es injusto y el Análisis Económico del Derecho nos ayuda precisamente a evitar el desperdicio”¹⁶⁸.

En sus orígenes esta disciplina se limitaba prácticamente al estudio de los casos *anti-trust*, pero esto cambia a mediados del siglo XX. El paso del viejo al nuevo AED lo marca la publicación de dos importantes artículos, coetáneos pero independientes: *The Problem of Social Cost* (1960)¹⁶⁹ de R. H. COASE y *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (1961)¹⁷⁰ de G. CALABRESI, siendo estos los primeros intentos de aplicar el análisis económico a áreas del derecho que no regulan aspectos estrictamente económicos. A partir de entonces comienzan a proliferar los trabajos que estudian el derecho desde una perspectiva económica, abarcando la práctica totalidad del ordenamiento jurídico.

En su desarrollo, el AED irá de la mano de las diferentes escuelas de pensamiento económico vigentes en cada momento, teniendo cada una de ellas su reflejo en la visión que adopta el AED. No obstante, la dominante en la literatura es la Escuela de Chicago, también conocida como AED ortodoxo, caracterizada por la aplicación directa de la microeconomía clásica al análisis del sistema jurídico.

Para explicar el comportamiento de los individuos, el AED toma como cierta la hipótesis de racionalidad de los individuos. Sin embargo, numerosos estudios han demostrado que las personas no son completamente racionales, sino que su actuación se ve condicionada por diferentes desviaciones y sesgos. Renunciar a la racionalidad supone abrir

¹⁶⁷ ARJONA, A. M. y RUBIO, M. (2002). *Op. cit.*, p. 139.

¹⁶⁸ BULLARD, A. (2011). “El Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía en el sistema del Common Law y el Derecho Civil”, *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 60, pp. 361-366.

¹⁶⁹ COASE, R. H. (1960). *Op. cit.*

¹⁷⁰ CALABRESI, G. (1961). *Op. cit.*

la puerta a la intervención del Estado en las relaciones personales para mejorar su nivel de bienestar. La incorporación de estas ideas al análisis económico del derecho ha dado lugar a la aparición del AED conductista.

Con todo, a pesar de las críticas, el AED ofrece una visión completamente nueva del derecho, al dar una explicación del comportamiento humano ante los incentivos que suponen las normas jurídicas. De este modo, esta disciplina puede servir para anticipar los efectos de las regulaciones y contrastar los efectos reales con los previstos, con el fin de elaborar un mejor derecho con la vista puesta en lograr el mayor bienestar social.

Entre las múltiples aplicaciones del AED, una de las que más interés académico ha generado es el análisis económico del derecho penal. El estudio del delito desde una óptica económica se remonta al siglo XVIII, de la mano A. SMITH, C. BECCARIA y J. BENTHAM. No obstante, no será hasta que G. S. BECKER publique su artículo *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1968)¹⁷¹, que esta disciplina comience a despertar interés académico, proliferando desde entonces los artículos sobre la materia.

Sin embargo, la amplia producción académica contrasta con su escasa eficacia práctica, quedando relegada a ser una disciplina meramente teórica. A pesar de ello, el análisis económico del derecho penal puede ser una herramienta útil para desarrollar políticas públicas contra la criminalidad.

En primer lugar, el análisis económico del delito ofrece una teoría completa sobre el comportamiento delictivo, que asume que un individuo comete un crimen si la utilidad esperada que obtiene con él es positiva, lo que equivale a decir que el beneficio que obtiene con ello es mayor que el coste. Esta idea implica que las personas no se convierten en criminales porque su motivación básica difiera de la de otras personas, sino porque sus costes y beneficios son diferentes¹⁷².

En consecuencia, la forma de luchar contra la delincuencia es evitar la rentabilidad de las actividades delictivas, disminuyendo el beneficio esperado del delincuente potencial. Para ello se puede recurrir a los instrumentos de los que dispone el derecho penal: las sanciones (las penas) y la probabilidad de castigo –ya que no todos los criminales son identificados, detenidos y condenados–. Aumentar cualquiera de los dos supondrá un incremento en los costes del delito y, en consecuencia, una disminución del beneficio esperado, con lo que el nivel de delincuencia caerá.

¹⁷¹ BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*

¹⁷² BECKER, G. S. (1968). *Op. cit.*, p. 176.

Sin embargo, aumentar estos parámetros tiene un coste para la sociedad, el cual habrá de ser tenido en cuenta a la hora de determinar las políticas contra la delincuencia. Por lo tanto, en concordancia con los presupuestos del AED, el objetivo del derecho penal es el mismo que el del resto de ramas del ordenamiento jurídico: lograr el mayor bienestar de los ciudadanos. En consecuencia, el fin de esta rama del derecho no es acabar con la delincuencia, sino lograr el nivel de disuasión óptimo: aquel que logre el mayor beneficio social neto, entendido como la diferencia entre el beneficio social derivado de la reducción de la delincuencia y el coste social del delito, que es igual a la suma del daño neto que causa –el daño producido menos el beneficio del delincuente– y los costes derivados de su prevención. Esto explica por qué una sociedad racional no puede eliminar los delitos en su totalidad: la disuasión tiene un coste.

La eficiencia requiere que se escojan los gastos en disuasión que maximicen el beneficio social neto. Por tanto, dado que es relativamente barato para la sociedad aumentar la severidad de las penas mientras que aumentar la probabilidad de castigo supone aumentar el gasto en policía, personal judicial, medios, etc.; la combinación eficiente será una baja probabilidad de castigo con una pena severa, ya que si los individuos son neutrales al riesgo esta combinación logrará la misma disuasión que una combinación de alta probabilidad de castigo y pena leve, pero con un coste social menor.

No obstante, la combinación de baja probabilidad de castigo y alta severidad de la pena puede no ser óptima. Por un lado, si los individuos son amantes del riesgo, un aumento de la probabilidad de castigo reduciría la utilidad esperada y, por tanto, el número de delitos más que un aumento de la pena. En cambio, para los individuos aversos al riesgo el efecto será el opuesto.

Por otro lado, dado que una conducta criminal leve puede conducir a otras más graves por parte del mismo individuo, para lograr la disuasión marginal las penas deberán graduarse de modo que exista una amenaza de castigo adicional si se opta por una conducta más grave. Para ello es preciso que las penas aumenten a medida que aumenta el daño, evitando que conductas de diferente gravedad sean castigadas con la misma pena.

Un análisis económico de las penas revela que la multa no solo tiene menos costes que la prisión, sino que además genera ingresos para el Estado, por lo que las penas de multa deberían ser las sanciones predilectas de los ordenamientos penales. No obstante, el principal problema de las multas es que tienen como límite máximo la riqueza del individuo: cuando este se supera la pena esperada para dicho individuo será menor que la pena esperada que el ordenamiento jurídico previó al seleccionar la probabilidad de castigo

y la severidad de la sanción. Por tanto, para evitar que esto se traduzca en una menor disuasión será necesario complementar las penas de multa con penas de prisión.

No obstante, la aplicación del AED al derecho penal no está exento de críticas. Por un lado, el modelo racional no siempre permite explicar el comportamiento delictivo, ya que en no pocas ocasiones los delincuentes actúan movidos por sus emociones o impulsos incontrolables, estando tan cegados por sus deseos que las penas no serán capaces de disuadirles. Por otro lado, también se plantean conflictos éticos, derivados de la idea de asumir que existe un número óptimo de delitos que la sociedad debe consentir, o que bienes jurídicos personalísimos como la vida, la salud o la libertad puedan ser convertidos a su equivalente monetario. Pero sin duda, la idea que más conflicto causa es considerar que los beneficios que los delincuentes obtienen con los delitos han de ser tenidos en cuenta como bienestar social.

Asimismo, a pesar de que es posible incluir otro tipo de costes del delito en el modelo, el AED tradicional pone el foco en los castigos como método para lograr la disuasión, dejando a un lado otros elementos más importantes. La evidencia empírica muestra que las condiciones socioeconómicas juegan un papel fundamental en la criminalidad, por lo que a largo plazo la forma más eficaz de luchar contra la delincuencia es incrementar el coste de oportunidad de delinquir aumentando las posibilidades de obtención de ingresos por medios legítimos¹⁷³.

A pesar de sus limitaciones, el análisis económico del derecho penal permite explicar realidades que se dan en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos penales, incluido el español. En primer lugar, la probabilidad de castigo depende de la capacidad de las autoridades para identificar, detener y sancionar a los delincuentes; y de la habilidad del delincuente para evadir la justicia. Esto explica la existencia de agravantes como la alevosía (artículo 22.1^a del Código Penal), la comisión del hecho mediante disfraz (artículo 22.2^a del Código Penal) o la comisión del hecho “aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que (...) faciliten la impunidad del delincuente” (artículo 22.2^a del Código Penal).

En segundo término, el hecho de que muchos actos delictivos, como el homicidio (artículo 138 del Código Penal) o la violación (artículo 179 del Código Penal), se castiguen con pena de prisión en vez de multa concuerda con las predicciones del AED. La probabilidad de castigo para muchos de estos delitos es baja, lo que hace que la sanción

¹⁷³ QUEROL, N. (2014). *Op. cit.*, p. 143.

monetaria necesaria para su disuasión fuera grande, pero el patrimonio de muchos individuos que podrían cometer estos actos es bastante bajo; por lo tanto, la amenaza de la prisión es necesaria para la disuasión¹⁷⁴.

Asimismo, el hecho de que los delitos más graves se castiguen con penas más graves tiene sentido desde el punto de vista de la disuasión marginal. Así, por ejemplo, el abuso sexual (artículo 181 del Código penal) tiene una pena inferior a la agresión sexual (artículo 178 del Código Penal), la cual es a su vez inferior a la pena por violación (artículo 179 del Código Penal).

Finalmente, por lo general, la pena de multa en nuestro país sigue el sistema de días-multa (artículo 50.2 del Código Penal), basado en el principio de igualdad de sacrificio, ya que las cuotas se fijarán teniendo en cuenta “exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo” (artículo 50.5 del Código Penal). Por tanto, esto es coherente con la advertencia que hace el AED de tener en cuenta los límites de la riqueza de los individuos a la hora de fijar la severidad de las multas.

En definitiva, el AED no es más que una herramienta que pretende complementar el análisis jurídico tradicional con el fin de elaborar un mejor derecho. Bajo esta perspectiva, el derecho penal puede servirse de esta disciplina para comprender mejor el comportamiento criminal y buscar la forma más eficiente de luchar contra la delincuencia.

¹⁷⁴ KAPLOW, L. y SHAVELL, S. (1999). *Op. cit.*, p. 78.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIÑO, G. (2004).** *Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*, Granada: Comares.
- ARJONA, A. M. y RUBIO, M. (2002).** “El Análisis Económico del Derecho”, *Precedente. Revista jurídica*, pp. 117-150.
- BECCARIA, C. (2015).** *Tratado de los delitos y de las penas* (ed. MARTÍNEZ, M.), Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- BECKER, G. S. (1968).** “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, vol. 76, núm. 2, pp. 169-217. Disponible en:
<https://www.jstor.org/stable/1830482>
- BECKER, G. S. y MURPHY, K. M. (1988).** “A Theory of Rational Addiction”, *Journal of Political Economy*, vol. 96, núm. 4, pp. 675-700. Disponible en:
<https://doi.org/10.1086/261558>
- BENTHAM, J. (2000).** *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener: Batoche Books.
- BERNAD, R. (2018).** “Retrospectiva histórica del análisis económico del derecho (I): orígenes más remotos y huellas posteriores”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 105. Disponible en:
<https://doi.org/10.14422/icade.i105.y2018.008>
- BERNAD, R. (2019).** “Retrospectiva histórica del análisis económico del Derecho (II): desde sus orígenes hasta nuestros días”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 106. Disponible en:
<https://doi.org/10.14422/icade.i106.y2019.006>
- BILBAO, J. M.; REY, F. y VIDAL, J. M. (2014).** *Lecciones de Derecho Constitucional I*, Pamplona: Lex Nova Thomson Reuters.
- BULLARD, A. (2006).** *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*, Lima: Palestra Editores.
- BULLARD, A. (2011).** “El Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía en el sistema del Common Law y el Derecho Civil”, *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 60, pp. 361-366.

- BULLARD, A. (2019).** *Análisis económico del derecho*, Lima: Fondo Editorial PUCP.
- BUTLER, H. N.; DRAHOZAL, C. R. y SHEPHERD, J. M. (2014).** *Economic Analysis for Lawyers*, Durham: Carolina Academic Press.
- CABRILLO, F. y ALBERT, R. (2011).** “El análisis económico del derecho en la encrucijada”, *Ekonomia*, núm. 77, pp. 200-221.
- CADENAS, M. E. (2020).** *Economía conductual para la protección del inversor: Recomendaciones prácticas para inversores, entidades y reguladores*, CNMV, Documentos de Trabajo N° 70.
- CALABRESI, G. (1961).** “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *The Yale Law Journal*, vol. 70, núm. 4, pp. 499-553. Disponible en:
<https://www.jstor.org/stable/794261>
- CALABRESI, G. (1984).** *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Barcelona: Ariel.
- CALABRESI, G. (1992).** “Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿Puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto?”, *Ius et Veritas*, vol. 3, núm. 4, p. 89-103. Disponible en:
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15334>
- CALABRESI, G. y MELAMED, A. D. (1972).** “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, núm. 6, pp. 1089-1128. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1340059>
- COASE, R. H. (1960).** “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, pp. 1-44. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/724810>
- COOTER, R. y ULEN, T. (1998).** *Derecho y Economía*, México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- DOMÉNECH, G. (2014).** “Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 195, pp. 99-133. Disponible en:
<https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40137>
- EIDE, E.; RUBIN, P. H. y SHEPHERD, J. M. (2006).** “Economics of crime”, *Foundations and Trends in Microeconomics*, vol. 2, núm. 3, pp. 205-279. Disponible en:
<http://ssrn.com/abstract=1912073>
- HOLMES, O. W. (1881).** *The Common Law*, Boston: Little, Brown and Company.

- HYLTON, K. N. (2005).** “Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics”, *Maryland Law Review*, vol. 64, núm. 1, pp. 85-107. Disponible en:
<https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol64/iss1/7>
- HYLTON, K. N. (2018).** *Law and Economics Versus Economic Analysis of Law*, Boston University School of Law, Law and Economics Research Paper Series, No. 17-40. Disponible en: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/203
- KAPLOW, L. y SHAVELL, S. (1999).** *Economic Analysis of Law*, Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 251. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=150860>
- LÓPEZ, J. F. (2019).** “Variable exógena” [en línea], en *Economipedia.com*, disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/variable-exogena.html>
- MAHONEY, P. G. (2017).** “Adam Smith, Prophet of Law and Economics”, *Journal of Legal Studies*, vol. 46, núm. 1, pp. 207-236. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/691629>
- MANKIW, N. G. (2012).** *Principios de Economía*, México D. F.: Cengage Learning.
- MERCURO, N. y MEDEMA, S. G. (2006).** *Economics and the Law: from Posner to postmodernism and beyond*, Princeton: Princeton University Press.
- ORTIZ DE URBINA, Í. (2015).** “Análisis económico del delito: lo que hay y lo que puede haber”, *Economía industrial*, núm. 398, pp. 55-64.
- PAZ-ARES, C. (1981).** “La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del derecho)”, *Anuario de derecho civil*, vol. 34, núm. 3, pp. 601-708.
- PINDYCK, R. S. y RUBINFELD, D. L. (2009).** *Microeconomía*, Madrid: Pearson Educación, S.A.
- POSNER, R. A. (1992).** *Economic Analysis of Law*, Boston: Little, Brown and Company.
- POSNER, R. A. (2001).** “El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker”, *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 44, pp. 37-54.
- QUEROL, N. (2014).** *Análisis económico del derecho*, Madrid: Dykinson.
- WESTREICHER, G. (2021).** “Teoría de la elección social” [en línea], en *Economipedia.com*, disponible en:
<https://economipedia.com/definiciones/teoria-de-la-eleccion-social.html>