

**UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES FACULTAD DE DERECHO.**



**MAESTRIA EN DERECHO Y ECONOMIA.**

TEMA DE INVESTIGACIÓN: **ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA  
TEORIA DE LA PENA.** “Crítica a las teorías clásicas de la pena”

*Sebastian Alberto Donna*

[sebastiandonna@gmail.com](mailto:sebastiandonna@gmail.com)

*Director de Tesis: Prof. Dr. Diego Ríos*



## **INDICE DE CONTENIDO**

**Resumen.** Pág.3

**Capítulo I.** Hipótesis. Pág.6

**Capítulo II.** Conceptos Analíticos Fundamentales Pág.11

**Capítulo. III.** Proporcionalidad de la Pena y Pigou. Pág.18

**Capítulo. IV.** Teorías de la Pena.Pág.21

**Capítulo. V.** Análisis de las Conductas de los Sujetos.Pág.51

**Capítulo VI.** Coacción y Libertad.Pág.62

**Capítulo. VII.** Análisis Económico de la Norma y su Fundamentación. Pág. 68

**Capítulo VIII.** Análisis Económico de la Pena (Costo-Beneficio).Pág.76

**Capitulo. IX.** Conclusión. Pág.88

**Bibliografía.** Pág.100



“Un  
*hecho penal es una ruptura del rol de ciudadano, el cual, en el Estado de la sociedad no puede llevarse a cabo de manera distinta la imputación hacia el autor. Sera en su significación comunicativa tomada como una desautorización de la norma. La pena es la respuesta y la confirmación de la norma”<sup>1</sup>.*

*Günter Jakobs*

## Resumen

En esta tesis, buscaré demostrar en la pena una forma de **incentivo o una tecnología de motivación social** y, no de coacción como aparece presentada en las teorías clásicas de la pena. La idea que postula esta tesis tiene su núcleo en lo que se conoce como *Behavioural Economic* (conducta económica) permitiendo que los individuos tengan un razonamiento económico (costo-beneficio) a la hora de realizar actos (estas pueden ser más o menos conscientes dependiendo del sistema que utilice el cerebro<sup>2</sup>).

Para esta variable que presento en la interpretación de la teoría de la pena, utilizaré la solución que propone *Pigou* al problema de las externalidades negativas a los fines de dar una explicación más científica a la proporcionalidad de la pena, por ello la pena debe ser gradual, la pena tiene como fin la motivación a la regla establecida de esta forma la sanción es secundaria, entonces tiene la finalidad de generar mayores costos sobre los beneficios de quien niega al derecho.

Esta idea de la tecnología de motivación social, busco demostrar que la pena tiene como fin mantener la cooperación entre los individuos de una sociedad y, reducir el costo

---

<sup>1</sup> Günter Jakobs. Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart. Strafbegründung und positive general prevention.

<sup>2</sup>Ver Daniel Kahneman. “pensar rápido pensar despacio” donde explica el funcionamiento del cerebro dividiéndolo en dos sistemas: *sistema 1*: opera de manera rápida y automática con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario. El *sistema 2*: centra la atención en las actividades mentales esforzadas que lo demandan, incluidos los cálculos complejos. Las operaciones del sistema 2 están a menudo asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse. El sistema 1 genera patrones de ideas sorprendentemente complejas, pero solo el sistema 2 puede construir pensamientos en una serie ordenada de pasos. Cambiar de marco requiere esfuerzo, y el sistema 2 es normalmente perezoso. A menos que tengamos una razón obvia para hacer otra cosa, caso todos los humanos aceptamos oportunidades de darnos cuenta de hasta qué punto nuestras preferencias están ligadas al marco más que ligadas a la realidad. Las distintas elecciones en cada uno de los dos marcos se ajustan a la teoría de las perspectivas, en la cual las elecciones entre juegos y cosas seguras se deciden de manera diferente dependiendo si los resultados son buenos o malos. Las personas que deciden tienden a preferir la cosa segura frente al juego (sienten aversión al riesgo) cuando los resultados son buenos. Y tienden a rechazar la cosa segura y aceptar el juego (buscan riesgo) cuando ambos resultados son negativos. El estado de ánimo afecta de modo evidente a las operaciones del sistema: cuando estamos incómodos o tristes, perdemos la sintonía con nuestra intuición. Estos hallazgos refuerzan nuestro convencimiento, cada vez mayor, de que el buen humor, la intuición, la creatividad, la credulidad y la confianza en el sistema 1 forma un grupo. En el polo opuesto, la tristeza, la cautela, el recelo, el proceder de forma analítica y el esfuerzo aumentado también van juntos. El buen humor relaja el control del sistema 2 sobre la acción: estando de buen humor, nos volvemos más intuitivos y más creativos, pero también menos cautelosos y más propensos a los errores lógicos.

social que genera el delito. Desde esta perspectiva se entiende el uso de la coacción, esta tesis parte de la postura que quien comete un hecho ilícito está *negando al derecho*<sup>3</sup> y, la negación al derecho genera costos sociales muy elevados, (no solo desde el mercado de productos) afecta directamente a la relación y cooperación entre los sujetos de la sociedad, el cual es el valor más importante. Dentro de la cooperación se encuentra tanto el mercado como la relación diaria que tienen los individuos como sujetos sociales.

Sin confianza entre los individuos sociales, aumentan todos los costos de transacción, esto lleva a que se tengan que utilizar mayores medidas de seguridad, en todos los ámbitos, civiles, penal etc. Al caer la confianza se deben buscar más herramientas que generen que se cumplan los compromisos del contrato social, así como de cualquier contrato tipo.

La delincuencia aumenta el costo de vida diario, controles a quienes controlan, desconfianza hasta cuando se pregunta la hora, etc. Es por ello que la pena viene a sancionar esa negación al derecho como instrumento social de libertad. Más aun si tomamos la idea que los mercados pueden tener un mejor funcionamiento, desde que existe el derecho un instrumento que exigirá el pago o el cumplimiento contractual, permitiendo que se pueda negociar con mayor tranquilidad. Esto mismo ocurre en el derecho penal, se puede estar tranquilo socialmente, porque se castiga a quien destruye el capital social.

Considero que la pena pueda tener una explicación mucho más científica en la fusión de la economía y el derecho penal, que las teorías tradicionales que tienen un fundamento más filosófico. En un mundo que avanza y cambia continuamente sin detenerse, en el cual los tiempos se acortan, el derecho en todas sus ramas necesita de diversas ciencias para poder ser más eficiente y velar por las garantías y la propiedad de los individuos; si el derecho penal no se fusiona con otras ciencias se vuelve arcaico y no logra el fin para el cual está.

Ahora bien esta tesis se encuentra estructurada de la siguiente manera, primeramente abordare conceptos analíticos fundamentales de economía los que utilizare a lo largo de este trabajo, para luego adentrarme en el capítulo de Derecho Penal y Ley Penal con el

---

<sup>3</sup> Cuando se hace referencia a la negación del derecho no debe entenderse con el mismo significado que le da Hegel. El valor que le doy se irá viendo a medida que avance la tesis.

fin de aclarar y evitar cualquier ambigüedad sobre conceptos penales que se utilizaran. Para luego afrontar las distintas teorías de la pena en las que estará incluida la Teoría de la Motivación la idea centrales sobre la que girara esta tesis.

El lector encontrará un capítulo como son el de coacción y libertad, el cual tratara de definir que es coacción, así como encontrar el valor que posee a los fines de poder definirlo en la conclusión cuando compare las distintas teorías de la pena con la propuesta por esta tesis. El capítulo sobre el análisis de las conductas de los sujetos, esta abordado desde el concepto de la microeconomía de cómo actúan los individuos a la hora de maximizar sus beneficios.

Así las cosas el capítulo sobre la interpretación económica de la norma y su fundamento económico, tiene la idea de tratar de comprender la norma en general esto es que dicho análisis puede ser utilizado para cualquier rama del derecho y, luego en otro capítulo se realiza un análisis económico de la pena.

En el penúltimo capítulo encararé un tema del cual se han escrito ríos interminables de tinta y se ha hablado más, que es la resocialización y mi postura en contra de esta por parte del sistema penal, si esta tesis no abordara este tema quedaría muy incompleta ya que las distintas teorías de la pena hablan de la resocialización por quien comete un hecho contrario al derecho. Para finalizar, en el último capítulo, en el que buscare concluir mi idea abordando la conclusión, comparando las distintas teorías clásicas de la pena con la propuesta por esta tesis.



## *Capítulo. I*

### *Hipótesis.*

Las teorías clásicas de la pena, son teorías racionales. El lector no debe confundir lo que en el derecho penal se conoce como doctrina, con lo que es la criminología. El punto central que defenderemos es que la pena es una tecnología de la motivación social. Esto significa que la pena funciona como un incentivo o precio, más que como una marca de justicia.

El punto que queremos desarrollar en este trabajo es que esta reconceptualización, permitirá explicar distintos fenómenos en el derecho penal que de otra forma no pueden ser explicados.

Nótese que nuestra tesis es teórica: concebir la pena como un incentivo permite “explicar” ciertos fenómenos que de otra manera quedan inexplicados. No se trata de recomendar ideológicamente una posición determinada, ni de evaluar normativamente un conjunto de instituciones – sino de armar una conjetura, que permite dar cuenta extensionalmente de ciertos fenómenos de manera parsimoniosa y adecuada.

La hipótesis que quiero proponer consiste en entender a la pena *como tecnología de motivación social*, como un incentivo *ex antes* a que se cometa el hecho ilícito. La pena establece incentivos a los fines que el sujeto a la hora de realiza un análisis costo-beneficio se comporte de una manera determinada.

Para poder comprender como funciona esta tecnología de la motivación, hay que tener presente como se eligen determinadas opciones y como esas opciones afectan al uso de los recursos de quienes cometen un hecho ilícito, debemos tener presente cinco conceptos que cumplen un rol fundamental: disyuntivas, incentivos, intercambios, información y distribución.

En esta idea de la motivación del comportamiento, la pena esta puesta no en el grado de maldad como si lo hacen las teorías clásicas de la pena. Así las cosas, la pena como tecnología motivacional tiene como fin generar una conducta *ex antes* de cometer la

acción, luego de que se comete el hecho contrario al derecho esto es, que el sujeto libre exterioriza el su voluntad, aparece la pena como forma de prevención general.

Entonces esta idea esta puesta en que la pena como *tecnología de la motivación*, motiva *Ex Ante*, esto es *antes del hecho* al generar mayores costos sobre los beneficios, en contraposición a las teorías clásicas que son *Ex Post, después del hecho*, utilizando a la pena impuesta como motivador de conducta y utilizándolo de ejemplo para la sociedad, tomando al individuo que fue condenado como una cosa con el fin de dar un ejemplo.

Si tomamos esta idea de la *pena como tecnología motivacional*, la pena se puede entender como un precio al castigo, entonces son más elevadas cuando se necesita un incentivo mayor. Esto sería que los delitos de difícil detección tendrían mayor pena, porque le estaría diciendo a quien delinque que es posible descubrirlo, así planteado la pena sería mucho más elevada como es en el caso de la pedofilia o delitos tributarios, entonces la pena es gradual buscando el CMgd, en este tipos de delitos, la pena arrancaría más alta con el fin, que le sujeto a la hora de realizar su cálculo costo-beneficio, el costo que encuentre en el delito sea mayor.

La idea que propone esta tesis, no es evaluarla por el grado de maldad, sino entendida la persona como ser autónomo, que mediante su autonomía de la voluntad es quien decide en su libertad de actuar, si exteriorizara o no su deseo. Esto lo hará con la idea que propone the *Behavioural Economic*, en donde el individuo libre decide mediante un cálculo, el cual consiste en calcular si la acción es conveniente o no exteriorizarla.

La pena desde la representación que propone esta investigación, permitirá proveer un valor al uso de la misma, entenderla como el valor social que cumple y como la negación al derecho, lleva a un costo social alto.

Esta tesis entiende que el fin de la pena tiene dos partes: 1) entender la pena como una tecnología motivacional que comienza a operar *ex antes*, que se exteriorice la voluntad de negar al derecho y, es en este estadio que el sujeto realiza su cálculo costo-beneficio, con el fin de evaluar si el delito le permitirá maximizar o no su rentabilidad, 2) una vez que se cometió el hecho ilícito se aplica la pena como coacción, esto es que la pena no

va a buscar ningún fin en sí mismo, solo condenar la negación al derecho que llevo a la elevación de los costos social.

La economía y los pagos no están exentos en el derecho penal y mucho menos en la teoría de la pena y, detrás de la idea de la sanción hay una **tecnología de motivación social**, que **tiene como fin que el individuo sea motivado ha cooperara socialmente cumpliendo con su rol social en vez de delinquir.**

En otras palabras esto es que el derecho penal busca la sanción y con ella generar costos, pero esos costos son aplicados ex post a la sanción, con el mero fin de quebrantar la voluntad del sujeto libre.

El fin de utilizar la solución de *Pigou* a las externalidades negativas, surge de cómo aplica sanciones progresivas hasta encontrar el CMgd de cada contaminador, teniendo como fin corregir errores del mercado. Esta teoría la tomare para dos temas dentro de la pena, por un lado corregir el mercado delictivo, esto es que la pena buscara aumentar los costos del delito por sobre los beneficios y de esa forma manejar el mercado, y segundo aplicarla la teoría de la proporcionalidad que se utiliza en el derecho penal, entonces se puede justificar que la pena se aplique de menor a mayor.

Así planteado, en un contexto económico, los incentivos son ventajas (incluyendo los costos reducidos) que motivan a la persona que toman decisiones a favor de una determinada opción. Hay muchas cosas que pueden afectar a los incentivos, pero un de las más importantes son los precios.<sup>4</sup>Entonces lo que buscara la **tecnología de la motivación**, es generar con la pena un precio tal que, desincentive al individuo, a la hora de realizar su análisis económico sobre costos y beneficios que tendrá si lleva a cabo el delito.

La pena de lo relatado anteriormente se puede plasmar como en el cuadro:

$\text{Pena} = \text{CMgd}$
-----------------------------

---

<sup>4</sup>Stiglitz&Walsh. Microeconomía. Pág.28

Es importante hacer una aclaración, el lector debe tomar conciencia que hoy en día las disciplinas no pueden funcionar solas, tienen que combinarse lo cual lleva a un mayor esfuerzo por parte de quien investiga o combina las ciencias, hasta para el lector quien deberá hacer un esfuerzo para poder fusionar ideas antiguas las cuales no son erradas pero se podrían mejorar si permitimos combinarlas con otras ciencias, que aportan nuevos métodos de análisis.

En un mundo en el cual el tiempo vuela, las relaciones entre individuos se vuelven más complejas. La cooperación entre sujetos necesita de una motivación o incentivo, los sujetos solo cooperaran en aquellos casos en los que obtengan un rédito. Si ya es difícil generar esta cooperación, (la confianza para cooperar) el delito aumenta los costos para que esto se pueda llevar a cabo. El aumento de los costos por parte del delito se traduce en el aumento de los costos sociales<sup>5</sup>, y si esto ocurre baja la cooperación dentro de la sociedad.

El delito aumenta los costos sociales, por dos motivos fundamentales. i) La cooperación y la confianza es *capital social*, y es uno de los valores más importantes que tiene una sociedad, cuando esos valores son altos, bajan los costos de transacción en la sociedad. ii) el delito al hacer bajar el capital social, aumentan los costos de transacción y los costos de información, porque para realizar un contrato de una compra venta o de un servicio llevara a que se pidan tantos documentos respecto de la veracidad de ellos, así como cantidad de sellos de verificación de firmas, a los fines de bajar lo más posible las probabilidades de ser estafados, robados, etc, y esto hace que aumenten los costos de transacción. El ejemplo más claro, está en alquilar una casa, toda la documentación y depósitos que solita.

Esto se podría explicar de la siguiente manera:

<b>Negación del Derecho = disminución del capital social + el aumento de los costos de transacción</b>
--

Entonces esta idea que la negación del derecho lleva a la disminución del capital social y, la disminución del capital social al aumenten de los costos en las sociedades. La pena como motivador social buscara mediante la pena *ex antes* que no se produzca la negación al derecho, cuando esta tesis hace referencia a *ex antes*, no se debe entender

<sup>5</sup>Cada vez que se haga mención del costo social la referencia será a la cooperación y confianza social.

que busca la sanción ante de la exteriorización de la voluntad, todo lo contrario, lo que propone es que el sujeto antes de exteriorizar el acto tenga todas las herramientas para evaluar si podrá maximizar su rentabilidad o no.

Entonces se da esta *tecnología de la motivación* previa a que se cometa el delito, lo que está diciendo es mire que si se aplica la pena va a tener mayores costos que beneficios y, por ello el beneficio es mayor en la cooperación social.

Las teorías de la pena tienen su justificación e importancia, en que si las instituciones no encuentran un fin en la pena, no pueden responder a la pregunta ¿para qué penamos el delito?, no pueden organizarse seriamente como sociedad y son como un jinete sin cabeza, es por ello la importancia que estas tienen. De esta finalidad que se le otorgue, es lo que permitirá una política criminal, así como que leyes penales deberían sancionarse y la cuantía de la pena que estas deberían tener. Si esto pasa se pierde todo el sentido o el fin por el cual se condena penalmente a un individuo y, se entra en una anomalía de la sanción.



## *Capítulo. II*

### *Conceptos Analíticos Fundamentales*

Este capítulo brindara al lector las herramientas necesarias para comprender ciertos principios básicos, que se utilizan en esta tesis.

Para *Posner* la economía es la *ciencia de la elección racional* en un mundo donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas. La tarea, así definida, consiste en la exploración de las implicaciones de suponer que el hombre procura en forma racional aumentar sus fines en la vida, sus satisfacciones: lo que llamaremos su interés propio.<sup>6</sup>

Esta tesis tomara las ideas esbozadas en las teorías anteriores, como referencia para el análisis de las teorías de la pena y estructurar la Teoría de la Tecnología de la motivación, la idea que quien delinque buscara maximizar sus recursos por medio del delito, entendiendo al delito como un mercado el cual se mueve como cualquier otro.

Se puede decir, que el hombre posee un comportamiento racional y buscará maximizar sus intereses personales o propios como medida fundamental, esto es que hará privar su interés particular por sobre el interés colectivo, este concepto se aplica a todas las áreas de la vida del individuo.

Ahora bien se derivan principios fundamentales de la economía:

En el *efecto ingreso* y *efecto sustitución*, el descenso del precio de un producto tiene dos efectos. Primero los consumidores tienen más poder adquisitivo, pueden comprar más la misma cantidad de ese bien a un precio menor, quedándoles una diferencia para gastarlo en otras cosas. En segundo lugar tienden a consumir más cantidades sobre el bien que se abarato y menos sobre aquellos que se encuentran relativamente más caros, en este segundo punto por ejemplo puede verse como es más fácil para quien comete un robo de un celular o un reloj, podemos decir que son bienes más baratos o delitos más baratos por ello se ejecutan con mayor frecuencia (por ello es que son robos más comunes, necesitan menor preparación, menor inversión económica de tiempo y dinero, etc), a la

---

<sup>6</sup> Richard A. Posner. El Análisis Económico del Derecho. Pág. 25. 2º Edición. Edit. Fondo de Cultura Económico México. 2007

inversa los delitos más complejos como son los delitos tributarios o el robo de un banco o un camión blindado (este lleva mayor inversión de personas, elementos, planificación, son delitos más complejos) por ello hay menos estos se pueden entender como bienes más caros por ello se consumen menos o se llevan a cabo en menor medida.

En estos casos los consumidores lo que hacen es *maximizar la utilidad* eligiendo que producto le conviene en el mercado, según la renta que poseen. Quien comete un hecho ilícito, utilizara el mismo razonamiento, si la pena y las posibilidades que lo capturen son bajas, así como que el sistema judicial le de varias posibilidades antes de ir preso, abarata las consecuencias de cometer un ilícito, de esta forma hay delitos más barato o más caros como vino en el párrafo anterior.

A la hora de evaluar el fin de la pena aplicaré la idea que *“el castigo es el precio que cobra la sociedad por una ofensa criminal. El economista pronostica que un aumento de la severidad del castigo o de la probabilidad de su imposición elevara el precio del delito y por lo tanto reducirá su incidencia. El delincuente se sentirá estimulado para realizar otra actividad en lugar del delito”* (Posner)<sup>7</sup>. Pero tampoco se puede comenzar poniendo penas muy altas (para explicar este tema es que en esta tesis se utiliza el principio de Pigou, pero esto se ver más adelante), el costo social que produce la delincuencia disminuye la riqueza de la sociedad, en este caso riqueza la entenderemos como cooperación social.

La distinción entre los *costos de oportunidad* y los *pagos de transferencia* o, en otras palabras, entre los costos económicos y el contable, nos ayuda a demostrar que el costo es para un economista un concepto orientado hacia adelante. Esta idea de un costo orientado hacia adelante, se puede observar en la *tecnología de la motivación* en la idea que quien se encuentra a punto de delinquir evaluará el costo que obtendrá a futuro si realiza el acto contrario a la ley, de esta forma el delincuente racionaliza el delito, esto es que evaluara los costos y as ventajas que puede obtener del negocio.

---

<sup>7</sup>Posner. Ob, Cit. Pág. 28

No olvidemos que los bienes pueden ser asignados mediante diversos procedimientos, entre ellos encontramos el robo, la estafa, la evasión que la ley declara ilegales pero que pese a ello caen dentro del estudio de la economía.

*Posner* busca hacer hincapié en el concepto que utilizan los economistas *Ex Ante*, esto es *antes del hecho*, en contraposición con *Ex Post*, *después del hecho*. Con ello puedo anticiparme al hecho sin tener que esperar que el mismo suceda, ya puedo saber qué es lo que va a ocurrir. Las personas racionales basan sus decisiones en expectativas al futuro o dicho de otra forma buscan la maximización de sus decisiones pensando a futuro no al pasado, que es lo que hará el delincuente cuando planifique el delito.

Acá entra el juego de los incentivos económicos en los cuales, si no se llega a un *equilibrio*, significa un punto estable, es un punto que si no se cambian las condiciones de la demanda y de la oferta, no habrá ningún incentivos para que los vendedores alteren el precio o la producción. Entonces no importa que la pena sea cada vez más alta, si la probabilidad de ser descubierto es muy baja, esto se debe a que dentro del análisis costo-beneficio sigue teniendo más rentabilidad el hecho ilícito que la pena a cumplir, y de todos modos esta afirmación no puede ser comprobada en el derecho penal, por ello no puede ser probada empíricamente y tiene que ser trabajada desde la teoría.

Antes de seguir me queda definir a que voy a denominar *valor* en esta tesis, ***es lo que está dispuesto a pagar alguien por algo***, o la ***cantidad que está dispuesto a aceptar para privarse de ese bien***, a pocas luces es fácil interpretar como se aplica este concepto en la ***Tecnología de la motivación o de los incentivos***.

Otra palabra que tengo que definir es, *utilidad* uno de los empleos que se le da es el *valor de un costo o beneficio*, que se liga al concepto de un *riesgo*. Los economistas utilizan la palabra *utilidad* de una manera peculiar, estructural o de comportamiento característica de un individuo o de un grupo de los mismos. La *utilidad* se refiere al flujo de bienestar o felicidad del que goza una persona, es decir, una medida del grado de satisfacción de la experiencia de una persona<sup>8</sup>.

La utilidad que generara el delito esta apuntado al grado de utilidad o satisfacción que atenderá del hecho ilícito, ahora bien si en la evaluación de cometer el ilícito, el

---

<sup>8</sup> Enrique Bour. Pág. 2. Introducción al Análisis Económico.

individuo evalúa antes de cometer la conducta contraria al derecho más costos que beneficios, no encontrando más motivación para realizar el hecho ilícito, debido a la pérdida de utilidad.

#### A) Definición de Mercado

Un mercado es un conjunto de compradores y vendedores que, por medio de sus interacciones reales o potenciales determinan el precio de un producto o de un conjunto de productos. Por lo tanto, podemos concebir como el lugar en el que se determina el *precio*. Obsérvese que un mercado es mayor que una industria. Una industria es un conjunto de empresas que venden productos idénticos o estrechamente relacionados entre sí. De hecho una industria pertenece al lado de la oferta de un mercado. (Pindyck)<sup>9</sup>

Aunque el termino mercado se utilice para evocar la imagen de un concurrido mercado local, como emplazamiento físico para la mayoría de los bienes y servicios. Existen compradores y vendedores, y los economistas analizan el resultado como si existiese un único mercado físico en el que se producen todas las operaciones<sup>10</sup>. El delito entendido en esta tesis como un mercado puede verse como el lugar donde se cometen los delitos, la teoría de la pena será la que nos dará la justificación de regular dicho mercado.

El precio del mercado está dado, por el intercambio entre compradores y vendedores. Los mercados que son perfectamente competitivos, brindan la posibilidad de realizar transacciones entre los compradores y los vendedores. Se venden cantidades específicas de un bien a un precio también específico.

Generalmente en un mercado perfectamente competitivo, hay un solo precio, este es el llamado precio de mercado. Hay ejemplos, son el precio del trigo en Kansas y el precio del oro en Nueva York. Estos precios suelen ser fáciles de medir. Por ejemplo, el precio diario del maíz o del oro puede averiguarse en la sección economía de la prensa. (Pindyck)<sup>11</sup> Este párrafo nos está diciendo que es **importante la información perfecta** en los mercados y, no la asimetría de la información, con información perfecta se puede tomar **decisiones más racionales a la rentabilidad que buscamos**. Lo mismo ocurrirá cuando quien toma la decisión de delinquir, evaluará si cometerá el acto ilícito en base a

---

<sup>9</sup>Pindyck. Microeconomía. Pág. 6

<sup>10</sup>Stiglitz & Walsh. Ob.Cit. Pág. 38

<sup>11</sup>Pindyck. Ob.Cit. Pág.7

toda la información que tenga, es por ello que debe tener una información perfecta de los costos del mercado, solo de esta manera podrá realizar un cálculo costo-beneficio correcto.

A fin de identificar (al menos teóricamente) la *eficiencia* de un mercado, resulta necesario identificar los *beneficios* de quienes participan en él. Para ello se apela a conceptos básicos: el valor que tiene para los consumidores los bienes o servicios producidos y vendidos, y el costo que tiene para las empresas producir y vender dichos bienes o servicios. Este último concepto surge de manera directa de considerar los insumos y factores productivos que se necesitan para producir y vende el bien, y multiplicar las cantidades que se usan de los mismos por sus respectivos precios.<sup>12</sup> Este mismo concepto aplicara quien desea cometer un delito, sin importar si es un hurto, si es una estafa, si es una evasión tributaria o si es un homicidio. Todos evaluaran sus gastos de preparación, sus costos de ser atrapados y, los beneficios que tendrían, incluso la satisfacción que les generaría cometer el acto, luego de evaluar estos costos tomaran la decisión de entrar en el mercado o no, restando la ganancia a los costos.

Entonces en la medida en que el intercambio dependa de las acciones de los individuos participantes en ella, el mercado aparece como la expresión de las voluntades individuales, de esta forma los mercados no son otra cosa que el resultado de la libre voluntad de quienes están en este, y una mejor organización y más eficiente de la vida social. Si entendemos el delito como un mercado, quienes cometen los actos delictivos lo hacen con total libertad o libre voluntad pero cosificando a los sujetos utilizándolos para sus propios medios, ya que ven en este acto un beneficio mayor al de participar en otro mercado.

En este mercado delictivo solo encontramos la autonomía de la voluntad de una sola de las partes, ya que en la otra parte solo encontramos la sumisión al primer sujeto, entonces este mercado no es competitivo mucho menos expresa las libertades. Pero de todos modos el termino nos servirá para poder evaluarla oferta y demanda que se da en el delito y poder modificar esta con la pena, cuando hablo de intervención en el mercado no hago referencia a coartar la libertad del individuo que decide utilizar su libertad para el delito, sino únicamente darle la información de cuáles son los costos que tendrá con la pena, de esta forma elegirá libremente si está dispuesto a asumir los costos o no.

---

<sup>12</sup> Coloma. Pág. 38

Es decir, el consumidor compra la mercancía que satisface mejor sus necesidades y esta además es producida de la menor cantidad posible de recursos. Un planificador omnisciente<sup>13</sup>. Quien comete un delito tiene una planificación previa a este, la que lo llevara a por ejemplo a robar o a matar (comprara la mercancía = realización del hecho ilícito) si esta satisface sus necesidades según su cálculo costo-beneficio del delito.

De esto se desprende que en el terreno del consumo, los agentes económicos se guían o manejan, por la *utilidad marginal* que se puede caracterizar como el incremento de la satisfacción que corresponde a la última unidad consumida y distribuyen sus recursos de tal manera que se maximice la última unidad.

### **B) Definición Utilidad Marginal y Costo Marginal**

Los economistas analizan pensando a futuro, buscan saber cuál va a ser el costo en el futuro, y como se pueden reorganizar los recursos, para reducirlos y mejorar la rentabilidad de los mismos. A esto se le llama el *costo de oportunidad*, que es el costo de las oportunidades que se pierden, por no asignar a los recursos el fin para el cual tiene mayor valor. Como vengo expresando en los párrafos anteriores, quien desea o está en sus planes cometer un acto contrario al derecho, como ser racional analiza pensando a futuro, de cuáles serán los costos de producción del delito como su ganancia.

Así también tenemos los costos hundidos, que son gastos que no pueden recuperarse. Como son gastos que no pueden recuperarse, no debe influir en los gastos de las empresas. Consideremos, por ejemplo, la compra de equipo especializado diseñado de encargo para una planta. Supongamos que solo puede utilizarse para hacer aquello para lo que se lo diseño originalmente y no puede dársele ningún otro uso. El gasto en ese equipo es un costo hundido. Como no tiene otro uso, su costo de oportunidad es cero. Pero lo tanto, no debe incluirse en los costos de empresa (*Pindyck*).<sup>14</sup> Estos costos hundidos también los encontramos en el análisis de quien desea realizar un acto ilícito, ya sea la compra de materiales para un robo, como para una estafa o un homicidio (ya sea un homicidio pasional o de cualquier tipo).

La *utilidad* se entiende desde el sentido de que permite obtener más bienes sin tener que pagar por el costo de oportunidad. Visto desde esta perspectiva una persona incrementa

<sup>13</sup> Tomas Molto Garcia. Materiales de economía política. Edit. Ariel. 2ª edición. 2001. Barcelona España. Pág. 42

<sup>14</sup>Pindyck. Ob. Cit. Pág. 145

su bienestar, si puede comprar más del bien X sin necesidad de resignar el consumo de otro bien. Puede leerse como la posibilidad que el acto ilícito dé más beneficio sin resignar la libertad, esto es evaluando la posibilidad que tiene que lo capture la policía y de ser condenado por un juez competente.

La *utilidad total* debe distinguirse de la *utilidad marginal*. La *utilidad marginal* es el aporte que realiza el consumo de una unidad más de ese bien a la última unidad. La ley de la *utilidad marginal decreciente* afirma que las personas incrementan su utilidad total a medida que se agregan mayores unidades de consumo, pero ese incremento es de manera decreciente.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup>Stordeur. Análisis Económico del Derecho. Pág 64



*El derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad.*

*Hans Welzel.<sup>16</sup>*

### **Capítulo III**

#### **Proporcionalidad de la Pena y Pigou.**

En los capítulos venideros buscaré explicar los elementos tratados aquí con principios de economía. Pero en la idea de la pena como *tecnología de la motivación* de las conductas los elementos postulados en esta parte se verán en todo momento.

Misión de la ciencia es desarrollar y explicar el contenido de estas reglas jurídicas en su conexión interna, es decir, sistemáticamente. Pero la ciencia penal es una ciencia práctica no solo porque ella sirve a la administración de justicia, sino también, en un sentido más profundo, en cuanto es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces tocan los conceptos fundamentales de la filosofía práctica (Welzel)<sup>17</sup>.

La función del penalista radica en la racional creación y aplicación de normas jurídico-penal. La pena, aun en las formas atenuadas y humanas, es un mal, y puede ser tan dolorosa y brutal como algún hecho punible. Estos esfuerzos de explicación y de legitimación de la pena son intentos de llevar la actividad de los penalistas a una relación conceptual más amplia que la del manejo racional de normas jurídico-penal (Naucke)<sup>18</sup>.

#### **Proporcionalidad de la Pena**

Ya Beccaria sostenía que no solo es interés común que no se cometan delitos, pero aún lo es que sean menos frecuentes, a proporción del daño que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos, a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas. Si la

<sup>16</sup>Hans Welzel. Derecho Penal Alemán. Edit Jurídica de Chile. 4ª edición. 1997

<sup>17</sup>Welzel. Ob. Cit. Pág. 1

<sup>18</sup>Wolfgang Naucke. Derecho Penal. Una Introducción. Pág. 36. Edit. Astrea. 2006

geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas, en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastara al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último<sup>19</sup>.

Es un principio que conecta con el Estado social de Derecho, puesto que un derecho penal que se mostrara inútil para proteger a la sociedad perdería sin duda una de sus bases legitimadora. Hay que tener en cuenta que principio de proporcionalidad opera esencialmente como límite, pero es discutible, sensu contrario, que obligue a penar más gravemente, al menos desde la perspectiva de la norma penal como norma de sanción (Lascuran 2012). Ciertamente, puede decirse en este sentido que el derecho penal constitucional existe una relación entre legitimidad y efectividad, de modo que un instrumento total o parcial inefectivo pierde su legitimidad. Esto no quiere decir, en cualquier caso, que la validez pueda derivarse de la eficacia, puesto que, como es sabido, este último es un binomio conceptual con un significado y alcance totalmente distinto. (Kelsen 1993)<sup>20</sup>

El principio de proporcionalidad se forma como la expresión de la necesidad de que la gravedad de la pena sea proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, exigencia que debe verse satisfecha mediante un juicio de ponderación entre ambas, teniendo a la vista el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. En términos del análisis económico del derecho, se trata de no aplicar un precio excesivo para obtener un beneficio interior, es decir, si se trata de obtener el máximo de libertad, no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta (Carrol 1999). Este argumento se fundamenta no solo en razones de equidad, sino también de la propia eficacia preventiva y la racionalidad del sistema penal en su conjunto. Todo ello pasa por un diseño racional de la política-criminal que respete la medida de pena que corresponde en función de la gravedad de la conducta y no se deje llevar por la influencia de factores sociales que fomentan el predominio de programas de acción no expertos (Diez Ripolles 2003). Cuando estas reglas de juego derivadas del principio de proporcionalidad se rompen, se vulnera el necesario equilibrio valorativo del sistema

---

<sup>19</sup> Cesar Bonesana Marques de Beccaria. Tratado de los Delitos y de las Penas. Pág.61/2. Edit. Heliasta. Bs.As. 2007. 13ª edición.

<sup>20</sup> Demetrio Crespo. Constitución y Sanción Penal. Pág.81

penal de acuerdo con el marco constitucional, y es entonces cuando la elevada aspiración de legitimidad del estado democrático de Derecho quiebra y se impone la hermenéutica del deber frente a la hermenéutica de la libertad que debería presidirlo.<sup>21</sup>

En esta tesis el principio esbozado en este punto, estará puesto en Pigou y su solución a las externalidades negativas, que utiliza para reencausar el mercado de los contaminantes, de esta forma, utilizando el CMgd, la proporcionalidad estará puesta en comenzar con la menor pena e ir aumentando paulatinamente la sanción hasta llegar al CMgd de cada individuo de esa forma se regula el mercado de las penas y los delitos.

---

<sup>21</sup>Demetrio Crespo. Ob. Cit. Pág. 82



## *Capítulo. IV*

### *Teorías de la Pena*

Este capítulo tratar las teorías clásicas de la pena, puntualmente las teorías de la Prevención Especial, Prevención General, la Retribución y por último la Tecnología de la Motivación Social o Incentivo social.

La teoría de la pena es muy importante, será esta la que marcará o guiará a cada país a cómo implementar su política criminal, a definir cuál será el fin que le dará a la sanción.

Los fines buscados con la sanción penal tiene relevancia en la determinación de la pena, en cuanto en la corrección de la pena que realiza el Legislador (determinación legal), el Juez (determinación judicial) o la administración penitenciaria (determinación penitenciaria), tiene que tener presente siempre los objetivos que se busquen en la pena, tanto en esa fase como en el conjunto del sistema penal<sup>22</sup>.

Los resultados de extensas disquisiciones a través de la historia se clasifican tradicionalmente en dos grandes grupos de teorías: las teorías absolutas, en virtud de su posición idealista, han agotado todo lo esencial referente a los problemas del sentido de la pena, pero no han sopesado debidamente el problema de su realidad (principalmente los componentes de la impresión). En cambio, el realismo de las teorías realistas fomenta determinadamente el problema de la realidad de la pena pero olvido el problema del sentido (Welzel)<sup>23</sup>.

#### **1. Teoría de la retribución**

Las teorías absolutas ven a en la retribución justa no solo la justificación de la pena, sino también garantizada su realidad y agotado su contenido. Estas teorías afirman que la necesidad ética de la pena garantiza también su realidad, sea en virtud de la identidad de razón y realidad (Hegel), o de un imperativo categórico (Kant) o a causa de una necesidad religiosa (Stahl). Las teorías absolutas de la retribución de Kant y Hegel deben entenderse como posiciones contrarias a las teorías relativas de las penas desarrolladas por el Derecho Natural profano y en el periodo de la ilustración y, por esa

---

<sup>22</sup> Curso de Derecho Penal. Parte General. Pág. 433. Ignacio BerdugoGomez de la Torre, Ana Perez Cepeda. 2ª edición. Edit ediciones experiencia. España

<sup>23</sup> Welzel. Ob. Cit. Pág. 283

razón solo pueden ser explicadas desde este trasfondo y desde su propio sistema (Welzel)<sup>24</sup>.

La pena es retribución por un mal con culpabilidad (**teoría de la retribución**, otras denominaciones, en las cuales la significación a veces se distingue en un matiz, son: **teoría absoluta de la pena**, teoría de la expiación, teoría del mal penal como reacción sobre otro mal (**pena como represión**)). Esta teoría es un intento no de explicación causal, sino de legitimación de la pena (por ello teoría absoluta, es decir, no subordinada a ningún fin). El mal pena está legitimado por el mal hecho punible. La punición por ejemplo, de un ladrón de automotores, la imposición de una pena de multa experimentada como mal, está legitimada desde la teoría de la retribución, porque la pérdida de un automotor, por su lado, es un mal, la teoría de la retribución parte de los daños que ha sufrido la víctima, y desde estos legitima la imposición de la pena (Naucke)<sup>25</sup>.

Tanto *Kant* como *Hegel* dieron a la pena retributiva una gran influencia en la historia. Para *Kant*, el contenido de la pena es el tali3n, de esta forma la funci3n de la pena est1 dada en la realizaci3n de la justicia. *Kant* lo fundamenta de la siguiente manera: la pena solo puede imponerse contra el autor esto es porque ha delinquido, ya que si se persigue la prevenci3n general o especial, se trata a la persona solo como un medio para los prop3sitos de otro y se la estar1a confundiendo con los objetos de los derechos reales, esto es en simples palabras, se estar1a tratando a las personas como cosas. Pero por el otro lado debe realizarse la justicia, entendida la justicia penal como un imperativo categorico, pues si se desaparece la justicia ya no tendr1a valor que vivan los hombres sobre la tierra (Jakobs)<sup>26</sup>

La teor1a de la retribuci3n no encuentra el sentido de la pena en la persecuci3n de fin alguno socialmente 3til, sino en que mediante la imposici3n de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y exp1a la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aqu1 de una teor1a absoluta porque para ella el fin de la pena es independiente, desvinculado de sus efectos sociales (Roxin)<sup>27</sup>. De esta forma supuestamente la pena no

---

<sup>24</sup>Welzel.Ob. Cit. P1g. 283/4

<sup>25</sup>Naucke. Ob.CitP1g. 40

<sup>26</sup>G3nther Jakobs. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teor1a de la imputaci3n. II edici3n. P1g. 21. Edit. Marcial Pons. Madrid, 1997

<sup>27</sup>Claus Roxin. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teor1a del Delito. P1g. 81/82. Edit. Thomson. II edici3n.

tiene un fin social sino que simplemente el castigo sobre quien comete el hecho ilícito o quien se opone al derecho, partiendo de que la pena es justa y esto se logra mediante la duración y la intensidad de la misma según el delito que se cometió, busca la compensación del daño causado al derecho. *Hegel* interpreta al delito como, anulación del delito, que de lo contrario tendría validez y, con ello, como restablecimiento del Derecho. La anulación del delito es retribución en cuanto esta es, conceptualmente una lesión de la lesión. *Hegel* está totalmente de acuerdo con *Kant*, al no reconocer tampoco metas preventivas como intimidación y corrección como fines de la pena (*Roxin*)<sup>28</sup>.

Tomando en consideración los puntos de vista desarrollados por las teorías absolutistas, según el fin de la pena es lograr la justa retribución del hecho punible, la medida de la pena debe depender de la gravedad del injusto y de la mayor o menor culpabilidad que le hecho cometido ha puesto de manifiesto. (*Righi*)<sup>29</sup>

Esta idea de la pena retributiva también es tomada por *Pufendorf*, quien sostiene al igual que *Hobbes*, que los individuos son egoístas, codiciosos, tiene la necesidad de la venganza y es por estas razones que cree que se deben formular normas que impongan un ordenamiento que tenga como cimiento o como base el temor a la pena.

Ahora bien *Kant*, entiende que perseguir la utilidad con la pena es ilegítimo, sin que quede previamente establecido jurídicamente cuales la pena que se aplicara a quien delinque. Esto queda más que claro ya que para el autor, quien comete un delito puede perder su personalidad civil, pero lo que es la personalidad innata no se pierde en ningún momento, y es esto lo que evita de ser manipulado para fines o medios, ya que no se lo puede considerar como una cosa.

*Jakobs* explica el famoso ejemplo de la isla de *Kant*, este se basa en que un pueblo que vive en una isla decide por unanimidad de sus miembros disolver la sociedad civil, según *Kant* en este caso todavía tiene que ser ejecutado el asesino que se encuentre en prisión para que todo el mundo experimente el valor de sus hechos y no se produzca una lesión de la justicia.

La teoría que se deduce del ejemplo de la isla es prácticamente trivial, *Kant* parte de aquí, como siempre de suceder con el delito, de la infracción de una norma de validez universal, en concreto, de la prohibición del homicidio arbitrario, ulteriormente supone,

---

<sup>28</sup>Roxin.Ob.Cit Pág. 83.

<sup>29</sup> Esteban Righi. Derecho Penal, Parte General, LexisNexis. Pág. 522

como muestra la expresión lesión de la justicia, que la pena no puede ser sustituida. En esta situación lo que viene a decir la teoría del ejemplo de la isla es que una sociedad civil no debe disolverse antes de haber terminado sus deberes. El problema no radica en si una sociedad puede lícitamente disolverse antes de haber cumplimentado con sus deberes, sino si la retribución en si misma se fundamenta en un deber de castigo y no solo otorga una autorización para el castigo. (*Jakobs*)<sup>30</sup>.

*Kant*, también relativiza lo categórico del deber de castigar. Si bien es cierto que el deber debe existir ya que si la justicia desapareciera no tendría ningún valor la vida de los hombres en la tierra, *Kant* también quiere, siguiendo la línea del pragmático *Pufendorf*, reconocerle al soberano un supuesto de *casus necessitatis* que exceptúe la justicia cuando han participado en el asesinato tal cantidad de ciudadanos que la ejecución de la pena de muerte que todos los participantes merecen conduciría a exterminar a la población mediante la ejecución de la pena. (*Jakobs*).

Entonces podemos decir tomando las ideas de *Jakobs*, que *Kant* sustituye el principio cognitivo de ¿cómo conducir a los individuos? , por el principio normativo de ¿Qué se merece la persona?, de esta forma llega a un concepto de pena en el cual sobre quien recae el castigo queda transformado de un objeto de tratamiento orientado estratégicamente en un sujeto que no tiene más remedio que confesarse a sí mismo que se le ha tratado correctamente y que su destino es completamente adecuado a su comportamiento. Esto es en otras palabras aceptar que su comportamiento libre como individuo tiene consecuencias y aceptarlas.

*Jakobs* nos pide preguntarnos ¿Cuál es el destino de quien delinque? Y nos dice que *Kant* responde con una especie de *imperativo categórico a la inversa en negativo*: el mal inmerecido que ocasiona a otros ciudadano te lo haces a ti mismo... solo el derecho de retribuir con el mismo mal (*iustalionis*)... puede determinar de forma concreta la calidad y cantidad de la pena; cualquier otro no podría contener una proporción con el juicio de la justicia pura y estricta a causa de otras consideraciones que se entremezclan. Esto para *Jakobs* significa que el que asesina se mata a sí mismo y que el que hurta un anillo de oro se le priva de otro anillo. Pero sobre esto *Kant* no estaría de acuerdo y por ello prefiere ofrecer para el hurto la siguiente propuesta: Quien hurta genera inseguridad

---

<sup>30</sup>Günther Jakobs. La pena estatal: significado y finalidad. Título en alemán: Staatliche Strafe; bedeutung und Zweck, Opladen, 2004. Traducción de Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijoo (Universidad Autónoma de Madrid).

para toda la propiedad ajena, él se arrebatada por tanto (de acuerdo con el derecho de la retribución con el mismo mal) la seguridad de toda posible propiedad, carece de todo y no puede obtener nada, pero quiere seguir viviendo, para ello, entonces, no existe otra posibilidad que ser alimentado por otros. Ya que el Estado no lo hará gratuitamente, el delincuente tiene que ceder su fuerza para lo trabajado que este estime conveniente (penas de galeras o de trabajos forzados) incurriendo en una situación de esclavitud que puede ser temporal o, incluso, si se considera conveniente, para siempre.<sup>31</sup>

En *Hegel*, el desarrollo del lado social del delito se halla en el centro de la teoría de la pena, de acuerdo con esto el delito no se dirige contra otro, sino **contra la estructura social**, contra el derecho mismo, contra el principio de juridicidad. Aquí encontramos uno de los fundamentos más fuertes que tuvo el derecho para la justificación de la pena, esta no como un acto por la defensa del individuo por la pérdida de los bienes materiales de los mismos del mismo (incluyo la vida en esta reflexión), si no que la pena como la condena contra ese acto que va en contra de la norma que la sociedad ha decidido que debe ser condenada. *Y esto porque genera costos de transacción altos, como ya dije en otros capítulos hace caer el capital social que tiene una sociedad.*

Según *Hegel* la pena no busca remediar el mal que se causó como lo hace el derecho civil sino que: Tampoco el concepto de pena está situado en la posición de remediar el mal causado, sino que se trata de lo que se ha llamado *Aufheben des Verbrechen*, esto es, la supresión, la anulación del delito a través de la lesión de la voluntad del delincuente, como una voluntad existente. Es este sentido la lesión del derecho será destruida mediante la lesión a la voluntad del delincuente. El delito debe ser suprimido, de lo contrario seguirá vigente. La pena demuestra la no vigencia del delito y, por el contrario, la restauración del Derecho. (*Donna*)<sup>32</sup>.

El sistema de referencia de *Hegel* para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema de referencia actual lo forman las condiciones de existencia de la sociedad. Por lo demás, para *Jakobs*<sup>33</sup> se da la siguiente concordancia: *Hegel interpreta el hecho punible como algo negativo, es decir, como vulneración del derecho en el sentido de su negación. Esta vulneración alega una pretensión de validez, pero la pena sale al*

<sup>31</sup>GüntherJakobs. La pena estatal: significado y finalidad. Título en alemán: Staatliche Strafe; bedeutung und Zweck, Opladen, 2004. Traducción de Manuel CancioMelia y Bernardo Feijoo (Universidad Autónoma de Madrid).

<sup>32</sup> Edgardo Alberto Donna. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos – Teoría de la ley penal. Tomo I Pág. 313. Ed. Rubinzal-Culzoni. 2008

<sup>33</sup>GüntherJakobs. Ob. Cit. Pág. 23.

*encuentro de tal pretensión, como vulneración de la vulneración y así como restablecimiento del derecho. Esta secuencia es absoluta ya que el derecho ha de ser impuesto, lo que constituye un argumento es, no la utilidad de la pena, sino solamente la idea del derecho convertida en concepto.*

Ahora bien, *Hegel* concibe al delito como coacción, nos dice que: la primera coacción ejercida como violencia por el sujeto libre, que lesiona la existencia de la libertad en su sentido concreto, el derecho en cuanto derecho, es delito<sup>34</sup>. Lo que nos permite pensar que al meterse o inmiscuirse en la propiedad privada ajena, estaría lesionando el principio de respeto frente a las esferas de la libertad del otro y, si se hace esto se está tirando por la borda los años o mejor dicho los siglos que llevo a que se forme un capital social.

Para los ilustrados, el dolor de la pena es un medio una forma de provocar una reacción psicológica específica, esto sería una reducción a las motivaciones delictiva. (Aparece esta idea que vengo planteando en el trabajo, esta idea del *homo economicus* que realiza un análisis costo-beneficio).

*John Finnis*, alega que el delito implica que el agente se gratifica ejerciendo auto preferencias que los ciudadanos sumisos a la ley se niegan a sí mismos, y que la pena restablece una distribución equitativa de ventajas y privaciones al coartar la voluntad y frustrar los deseos de quien ha delinquido. *Finnis* afirma que el valor de la pena debe equilibrarse con el de otros bienes sociales y que, por lo tanto, puede haber casos en los que penar al autor de un delito sea inconveniente y hasta injusto. Pero, en principio, afirmar el, es injusto dejar de penar al autor de un delito y la razón de ello explica también por qué es injusto penar a un inocente, aun cuando no lo es someterlo a otra clase de restricción jurídica. Lo que la tesis afirma es que es bueno erradicar por medio de la pena la auto gratificación que el autor de un delito ha obtenido (*Nino*)<sup>35</sup>.

*Mabbott*, quien alega que la primera tiene defectos, entre otros, de permitir leyes retroactivas. *Mabbott* fue a su vez acusado, *inter alia* por *Mundle*, de proveer una justificación para cualquier ley positiva. Como *Mabbott* lo ha propuesto más tarde, requiriendo que el sistema jurídico en cuestión debe ser uno hacia el cual existe la

---

<sup>34</sup> Gunther Jakobs. La pena estatal: significado y finalidad. Título en alemán: Staatliche Strafe; Bedeutung und Zweck, Opladen, 2004. Traducción de Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijoo (Universidad Autónoma de Madrid).

<sup>35</sup> Nino. Ob. Cit. Pág. 263 y sig.

obligación moral de obedecer. Así se nos presenta la alternativa de justificar parcialmente el sistema jurídico sobre la base de que castiga actos morales incorrecto, y que el castigo de actos moralmente incorrectos es algo bueno en sí mismo, que hace valioso al sistema que lo dispone, o que justifica ciertas penas por la sola razón de que, cualquiera que sea su valor intrínseco, han sido establecidas por un sistema jurídico justo cuyas determinaciones tenemos que aceptar. En el último caso (que es obviamente la posición de Mabbott) no se ofrece una justificación específica de la institución de la pena en general, y menos todavía una justificación retribucionista. Cuando el derecho dispone medidas para satisfacer necesidades reales de la gente, esas medidas gozan de una justificación doble (un basado en el principio de que es bueno satisfacer necesidades y la otra derivada de la legitimidad general del orden jurídico); pero cuando el derecho provee medidas para satisfacer lo que no son, en realidad, necesidades de la comunidad, la justificación de tales medidas puede basarse solo en el valor del sistema jurídico del cual forman parte. El principio que es bueno satisfacer necesidades se aplica únicamente a necesidades reales. Este principio justificaría la pena independientemente del valor del sistema jurídico que la dispone; y la satisfacción de este principio es uno de los elementos que habría que tener en cuenta para juzgar dicho valor. En consecuencia, pienso que la asociación entre inmoralidad y responsabilidad penal es una característica esencial y distintiva de la concepción retribucionista. (*Nino*)<sup>36</sup>

Pero en *Kant* es una compensación merecida del hecho malo, distribuyendo los elementos entre amenaza de pena (como instrumento de prevención del delito) y la ejecución de la misma (como ejecución merecida de la Ley), *Feuerbach* combina ambos puntos de partida. En todo caso, sin embargo, el dolor de la pena tiene efectos en cuanto factum. Como tal, en cuanto algo que duele, es un instrumento de dirección o un equivalente del hecho malo. En Hegel -al menos en aquella entre sus fundamentaciones de la pena- el dolor es también un elemento simbólico, significativo, significa algo, a saber, que la máxima configuración por el autor es irrelevante, siendo relevante la del ordenamiento jurídico. El hecho y la pena se toman en sus significado comunicativo, el hecho como afirmación de que el derecho no es vinculante y de que el autor disfruta de la libertad del estado de naturaleza hobbesiano, la pena como contradicción, con el contenido que únicamente el derecho puede constituir el punto de partida de la

---

<sup>36</sup>Nino. Ob.Cit. 266/268

comunicación. Con esta contradicción la estructura de la sociedad queda confirmada, de modo que se ha ejecutado una secuencia que no corresponde ni al punitur, nepeccetur ni al punitur, quiapeccatumest: la mirada se dirige hacia delante, como en el nepeccetur, pero no se trata de que no ocurran ulteriores delitos –un propósito que, tomando enserio, es totalitario en varios sentidos- sino de mantener la vigencia de la norma<sup>37</sup>.

Cuando el derecho dispone medidas para satisfacer necesidades reales de la gente, esas medidas gozan de una justificación doble (una basada en el principio de que es bueno satisfacer necesidades y la otra derivada de la legitimación general del orden jurídico); pero cuando el derecho provee medidas para satisfacer lo que no son, en realidad, necesidades de la comunidad, la justificación de tales medidas puede basarse solo en el valor del sistema jurídico del cual forman parte. El principio de que es bueno satisfacer necesidades se aplica únicamente a necesidades reales. Del mismo modo, el principio de que es bueno en sí mismo cambiar un delito con una pena, solo constituye un principio autónomo (distinguible de la justificación general del de un derecho que satisface ciertas condiciones). Este principio justificaría la pena independientemente del valor del sistema jurídico que la dispone; y la satisfacción de este principio es uno de los elementos que habría que tener en cuenta para juzgar dicho valor. En consecuencia pienso que la asociación entre la inmoralidad y responsabilidad penal es una característica esencial y distintiva de la concepción retribucionista. (Nino)<sup>38</sup>

## **2. Prevención Especial**

Las teorías preventivas especiales pretenden conseguir la prevención de los delitos mediante una actuación sobre el recluso. En vista de que la efectividad individual del medio utilizado depende de que se adapte a la personalidad del autor, estas teorías deben individualizar: intimidar al delincuente ocasional, reeducar al delincuente habitual corregible y hacer inofensivo al incorregible (*v. Liszt*). Las teorías preventivas especiales padecen en gran medida de la insuficiente distinción entre penas y medidas de seguridad. Si bien es cierto que dan valiosa explicación para una teoría de las medidas de seguridad fracasan ampliamente en la interpretación de la pena. Dado que

---

<sup>37</sup> GüntherJakobs. La pena estatal: significado y finalidad. Título en alemán: Staatlichestrafe; bedeutungundZweck, Opladen, 2004. Traducción de Manuel CancioMelia y Bernardo Feijoo (Universidad Autónoma de Madrid).

<sup>38</sup> Nino. Ob. Cit. Pág. 268

toman como medida para la pena no la gravedad del juicio de culpabilidad, sino la peligrosidad social del autor (en especial la probabilidad de reincidencia) (*Welzel*)<sup>39</sup>.

La misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial) (*Roxin*)<sup>40</sup>. Así es como Liszt sostiene que la prevención especial puede actuar sobre el individuo de tres formas asegurando, intimidando y corrigiendo, buscando de esta forma la resocialización.

La pena es la reacción sobre el autor. La reacción sobre el autor puede suceder de distintas maneras. En esta teoría, la pena puede estar concebida como educación (resocialización, socialización, reinserción) del autor o como aseguramiento de la sociedad contra el autor considerado imposible de educar. Hay que distinguir dentro de las teorías de la prevención especial entre las teorías de la resocialización y las del aseguramiento. La teoría de la prevención especial en cualquier forma explica la pena en primer lugar desde una finalidad como causa, a saber: desde la finalidad de hacer desistir en particular al autor (de la reincidencia) de otros hechos punibles (también teorías relativas, pena como prevención) Esta finalidad de la imposición de la pena sirve, al mismo tiempo, para legitimación de la pena, la resocialización o socialización lograda en el autor o el aseguramiento, en caso de que la educación haya fracasado o no sea probable, es considerada como un resultado en beneficio de la sociedad. Evidentemente, en la teoría de la prevención especial existe la posibilidad de explicar y de legitimar la pena solo a partir de su efecto beneficioso para el mismo autor (*Naucke*)<sup>41</sup>.

El criterio de la prevención especial supone dejar de lado lo que sucedió e individualizar la sanción en función del futuro, por lo que la medición de la pena debe hacerse teniendo en cuenta el tiempo que se aprecia necesario para poder iniciar sobre el autor y evitar la reincidencia. Entran aquí factores que constituyen o dificultan la readaptación social del autor, como también la defensa de la sociedad frente al delincuente peligroso. En la medida en que sugiere en que este punto de vista sugiere considerar el comportamiento del acusado antes y después del momento de comisión del hecho punible, se corresponde con un modelo de derecho penal de autor. Así, por ejemplo, la

---

<sup>39</sup>Welzel. Ob. Cit. Pág. 286

<sup>40</sup>Roxin. Ob. Cit. Pág. 85.

<sup>41</sup>Naucke. Ob. Cit. Pág. 41

circunstancia de que el condenado tenga antecedentes penales es apreciada como un factor que fundamenta una mayor severidad, lo que desde la óptica de la retribución será necesariamente impugnado por lesiones al principio *ne bis in idem* (Righi)<sup>42</sup>.

Entre las teorías de la prevención hemos de empezar con la teoría de la prevención especial. Esta actúa de dos modos sobre el delincuente: primero intenta su corrección con el fin de que el sujeto se reintegre a la comunidad de hombres; en segundo término, cuando el reo es incorregible, busca entonces su eliminación o inocuización, finalidad esta que cambia según las legislaciones y entre la que están como pena o medida la de reclusión por tiempo indeterminado y la de muerte. En consecuencia, afirma **Antón Oneca**, le corresponde al Estado regularizar las conductas de los ciudadanos buscando la creación de una experiencia de utilidad, persuadir al sujeto de que no es conveniente delinquir porque la consecuencia es un mal mayor que la satisfacción procurada por el delito. (Donna)<sup>43</sup>

Ya nos advierte *Roxin* respecto a la resocialización: Asimismo, la teoría prevención especial se enfrenta con la cuestión de que, de todas formas, con qué derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos adultos por el Estado. Kant y Hegel veían en ello una violación de la dignidad humana (cfr. Solo la cita de Hegel en mm.4) Pero también el BVerfG dijo una vez (E 22, 219): “No es misión del Estado... corregir a sus ciudadanos.”<sup>44</sup> (No voy a tratar en este punto la resocialización ya que le dedique a este tema un capítulo completo por la importancia que encuentro en esta relación de la libertad de actuar libre y responsable de los actos y intervención del Estado).

En la intimidación de la prevención especial, *Bentham*, tan solo formula la constatación trivial de que carece de sentido una acción intimidatoria cuando nadie hay que deba ser intimidado, sin demostrar con ello que una intimidación global tenga sentido y sea legítima. Por lo tanto, sigue existiendo la posibilidad de limitar la pena a la confirmación de la vigencia de la norma que el delincuente ha puesto culpablemente en riesgo, dejando fuera de consideración la inseguridad existente con independencia de su hecho (*Jakobs*).

---

<sup>42</sup> Righi. Ob. Cit. Pág. 523.

<sup>43</sup> Donna. Ob. Cit. Pág. 272

<sup>44</sup> Roxin. Ob. Cit. Pág 88

*Heinrich Heine*, dice algo que no suena muy descabellado, que castigar o producirle un sufrimiento a un sujeto que cometió un ilícito, con el fin de intimidar a otro y de esta forma alejarlo o amedrentarlo de que delinca, es la injusticia más grande que uno deba sufrir para el bien del otro, “esta teoría siempre me recordó los pobres souffre-douleurs que antiguamente eran educados con los pequeños príncipes y que recibían latigazos cada vez que su eximio compañero había cometido cualquier falta”<sup>45</sup>

Ahora bien, en la prevención especial el mejoramiento del autor mediante la educación, la intimidación, o su aseguramiento por medio de medidas coactivas, desde el encierro, hasta llegar a la pena de muerte. La pena privativa de libertad, que a medida que fue avanzando en el tiempo se le fue dando esta idea de educación por sobre quien delinque, nunca habría llegado a estos días si no hubiera inventado esta idea de la norma y la cárcel como educadores esta es la idea de un fin blando, y luego el fin duro, el preso ya no puede delinquir si está encerrado.

Podemos decir que en algunos países todavía se aplica esta idea de la prevención especial, el ejemplo de leyes recientes en algunos Estados de EEUU, esto es lo que se conoce como “three strikes and you are out”, es así que buscan el aseguramiento de las leyes relativas a los reincidentes, una de sus regulaciones se refiere a la segunda reincidencia, es decir al tercer hecho, ordenando, en función del peso del hecho y de los hechos previos, 25 años de privación de la libertad, o prisión preventiva de por vida, hasta la posibilidad de excluir la libertad anticipada (*Jakobs*).

Esta regla del “three strikes and you are out”, está claramente relacionada con la idea de *Franz Von Liszt*, que frente a los irrecuperables, la sociedad tiene que protegerse y ¿cómo hace eso?, ya que no se puede eliminarlos, esto es la pena de muerte, se los encierra de por vida. De esta forma se aplica la idea de *Posner* cuando, en contra posición con *Cooter & Ulen*, ya que el primero de ellos con quien comparto la idea, el encierro lo que busca es dejar fuera del comercio a quien delinque, excluyéndolo de la sociedad generándole un costo marginal mayor que una simple multa o sanción de otro tipo, pero no como un ejemplo para el resto de la sociedad sino por el daño que le causa a esta.

---

<sup>45</sup>GüntherJakobs. La pena estatal: significado y finalidad. Título en alemán: Staatliche Strafe; Bedeutung und Zweck, Opladen, 2004. Traducción de Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijoo (Universidad Autónoma de Madrid)

### 3. Prevención General

Recordemos que para las teorías relativas la pena la pena es una medida práctica para impedir la comisión de delitos. El hecho punible es solo una condición de la pena, no su fundamento (pinir, non quia peccatum est, sed ne peccetur). Estas teorías están capacitadas para explicar la necesidad estatal y el modo de obrar de la pena, pero no para justificar ni para diferenciarla de otras medidas sociales de protección. Las teorías de la preventivas generales ven el principal efecto, y con él el principal fin de la pena, en la inhibición psicológica del delito sobre la generalidad (intimidación). En la medida que este efecto se refiere a la formación y fortalecimiento del juicio ético, se trata del efecto de una retribución justa, y solamente de ello, por lo cual no procede aquí aquella reflexión (Welzel)<sup>46</sup>.

Nos queda por abordar la tercera de las teorías la prevención general, en la cual la pena está orientada hacia el futuro, pretende prevenir determinadas conductas, manteniendo la convivencia social.

Desde su comienzo, según esta finalidad la pena se dirige a los miembros de una colectividad para que en el futuro, ante la amenaza de la pena, se abstengan de delinquir<sup>47</sup>.

La pena es intimidación de la comunidad (teoría de la prevención general). Esta teoría es el intento de explicar causalmente el fenómeno punitivo desde un posible fin (hacer desistir a potenciales autores de acciones punibles- teoría relativa, pena como prevención-). En esto se distingue entre el efecto intimidatorio de la amenaza de la pena y el efecto intimidatorio de su ejecución. Esta difundida la idea de que la amenaza de la pena debe intimidar y de que la ejecución de la pena debe subrayar la seriedad de la amenaza. Por intimidación no se entiende solo que un autor potencial de una acción punible deba ser disuadido del hecho mediante consideraciones sobre la posible pena (prevención general negativa). Como pena intimidatoria (amenaza y ejecución de la pena) esta concedida también la pena, que puede fortalecer las costumbres sociales. Se habla de la fuerza formadora de las costumbres de la pena o de un fortalecimiento de la fidelidad de la población hacia el derecho mediante el fenómeno constante de la punición de determinadas formas de conducta (prevención general positiva). La teoría

---

<sup>46</sup>Welzel, Ob. Cit. Pág. 284

<sup>47</sup>BerdugoGomez de la Torre. Ob. Cit. Pág. 27.

de la prevención general es también un intento de la legitimación de la pena (*Naucke*)<sup>48</sup>.

No ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad (*Roxin*)<sup>49</sup>. La prevención general ve en la pena no solo la intimidación sino que su misión más alta es reafirmar la moral en aquella parte que es necesario para el mantenimiento y desarrollo de la colectividad (*Donna*)<sup>50</sup>

El carácter que toma la pena acá es la de intimidar y, reforzar el carácter inhibitor de una prohibición, de esta forma lograr un carácter intimidatorio evitando que se produzcan nuevos conflictos sociales.

Creo que hoy en día está de más aclarar que la pena tiene que ser entendida dentro de un marco del respeto a los derechos fundamentales, “el terror penal debe ser entendido en el marco de los Estados en que se produjo. De igual manera la prevención general tal como aquí se expresa hay que situarla en el marco de la legislación del Estado social y democrático de Derecho, donde por definición no sería posible esta desviación en la utilización de la prevención general, pues el principio de proporcionalidad, límite esencial en este modelo de estado, impediría este exceso en la respuesta penal.”<sup>51</sup>

La verdadera posición de las teorías de la prevención general se dirige más bien a la intimidación ya sea: a) mediante ejecución ejemplificadora de la pena; así la práctica de la Edad media hasta el Iluminismo y en los últimos tiempos la de los estados totalitarios: la ciudadanía debe ser intimidada mediante la ejecución pública de las penas de muerte o corporales, o mediante la divulgación propagandística de publicaciones sobre castigos ejemplares. b) A través a través de grandes conminaciones de penas, así lo sostiene la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, la que cristalizó en el código penal de la Baviera. Ambas teorías deben medir la gravedad de

---

<sup>48</sup>Naucke.Ob. Cit. Pág. 40

<sup>49</sup>Roxin.Ob.Cit Pág. 89

<sup>50</sup>Donna. Ob.Cit.Pág. 282

<sup>51</sup>BerdugoGomez de la Torre.Ob.Cit. Pág. 27.

la pena, no en base a la culpabilidad, sino de acuerdo con la intensidad del impulso a ejecutar el hecho, y, en vista de que la conminación de la pena y la sanción ejemplificadora deben detener ese impulso al hecho, tienen que fijar el mal de la pena lo más alto posible (*Welzel*)<sup>52</sup>.

### **3.1 Prevención General Negativa.**

Para *Feuerbach*, si el fin de la pena es incidir sobre el conjunto del tejido social para evitar que se cometan delitos, la individualización en cada caso concreto deberá hacerse utilizando la dosis de sanción que se aprecie necesaria para reforzar esa función coercitiva.

Se propone entonces determinar la pena en la sentencia mediante una restricción de derechos al condenado, que exprese el énfasis punitivo necesario como para que opere como disuasivo para el conjunto de la sociedad. Así, por ejemplo, adoptar mayor severidad en los hechos que forman parte de modalidades delictivas que la estadística indica más frecuente, como el robo de automotores en la vía pública. Que los criterios que para determinar la pena son ofrecidos de acuerdo con este punto de vista. No resultan en principio compatibles con la idea del Estado de Derecho, pues concretan mecanismos de instrumentación del ser humano, desde que la entidad de la sanción no se mide por sus actos, sino en función de su gravitación sobre el comportamiento de terceros. El peligro mayor se puede observar cuando legisladores y jueces son sensibles a campañas de alarmar social, que inciden en la opinión pública. Pero además medir la pena en función de la determinación énfasis disuasivo necesario es totalmente incierto, desde que la única conclusión posible, es que una pena muy reducida contradice este criterio, pues su escasa incidencia afecta su funcionamiento de reforzar la finalidad preventivo general (*Righi*)<sup>53</sup>.

*Feuerbach*, parte del supuesto que las personas son racionales e incluso le otorga una capacidad de cálculo ante la norma, es por ello que su teoría está basada en la coacción psicológica.

---

<sup>52</sup>Welzel. Ob. Cit. Pág. 285

<sup>53</sup>Righi. Ob. Cit. Pág. 524.

Esto lleva a que el individuo racional tenga la capacidad de razonar y calcular la conveniencia o no de realizar un hecho ilícito, debido al mal que supone la pena.

A estas teorías de la prevención general negativa cabe reconocerle el mérito de ser las únicas que no confunden programáticamente el Derecho con la Moral; predicando un utilitarismo que conecta directamente con la tradición ilustrada. Cabe distinguir en ella dos subgrupos: las doctrinas de la intimidación ejercida sobre la generalidad por medio del ejemplo ofrecido a través de la imposición de la pena y las doctrinas de la intimidación dirigida a la generalidad a través de la amenaza contenida en la ley (*Demetrio Crespo*).<sup>54</sup>

*Feuerbach*, considera que el derecho es real cuando no se cometen delitos, incluso considera que literalmente todo delito es la tarea primordial del Estado, entonces otra vez encontramos que cualquier falta contradice el fin de la asociación civil, “y en virtud de dicho fin, es necesario que no se produzca falta alguna en el Estado”<sup>55</sup>.

Ahora bien, la sociedad civil no puede perseguir simultáneamente la libertad de impedir todo abuso de la libertad, pues esto último presupondría una vigilancia de dimensiones totalitaria, es decir, lo opuesto a la libertad. Por ello, aquel Estado que se pretenda Estado de libertades no puede garantizar seguridad absoluta, su estructura en términos modernos, su identidad, es decir, aquello que promete mantener, no es la preocupación por un máximo de seguridad, sino de juridicidad, esto es, vigencia del Derecho, y el Derecho vigente está en vigor también cuando se produce una conducta antijurídica, concretamente cuando esta conducta se denomina y trata como delito. El derecho está en vigor mientras dirija la orientación comunicativa –siendo equivalente que dirija para la prevención de un delito, o, si ello no se logra, para la reacción frente a un delito como tal. Sea que deje de producirse un delito posible, bien por convicción en la validez del ordenamiento jurídico, sea por miedo a la pena, sea que el delito se cometa, pero el autor sea penado –en todo caso el derecho se realiza-<sup>56</sup>.

*Feuerbach*, argumenta que una situación conforme a derecho no requiere una actitud interna conforme a derecho de todos los ciudadanos, sino que una sociedad civil, una

<sup>54</sup> Eduardo Demetrio Crespo. *Prevención General e individualización Judicial de la Pena*. Pág. 101. Edi. Universidad de Salamanca. España. 1999. 1 edición.

<sup>55</sup> Günther Jakobs. *La pena estatal: significado y finalidad*. Título en alemán: *Staatliche Strafe; Bedeutung und Zweck*, Opladen, 2004. Traducción de Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijoo (Universidad Autónoma de Madrid)

<sup>56</sup> Günther Jakobs. *La pena estatal: significado y finalidad*. Título en alemán: *Staatliche Strafe; Bedeutung und Zweck*, Opladen, 2004. Traducción de Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijoo (Universidad Autónoma de Madrid)

institución en la que todos resulta imposible violar derechos, dicho de otra forma, puesto que los seres humanos no ofrecen garantías alguna de su conducta en el estado de naturaleza, es lícito obligarlos a someterse a una constitución civil., la garantía la ofrece entonces el Estado y no resulta necesario un garantía prestada por todos y cada uno de los individuos.

### **3.2 Prevención General Positiva.**

Esta corriente considera que la norma penal actúa en la conciencia individual del ciudadano que es el destinatario de esta y, sumado a varios medios de control busca la socialización pacífica de los individuos. De esta forma el derecho es un regulador de conductas y un mecanismo formador de conciencia colectiva.

Puede admitirse que cuando se considera que la misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales, siendo su contenido una réplica que tiene lugar a costa del condenado frente al cuestionamiento de la norma, se ofrece una teoría que permite explicar una finalidad social que justifique su imposición<sup>57</sup>.

La pena la finalidad de estabilizar la vigencia de la norma vulnerada por el autor, adjudicándole la función social de comunicar un determinado mensaje destinado a fortalecer la confianza en la vigencia de la norma infringida, no permite inferir pautas para la individualización, se sostiene que este punto de vista carece de criterios para limitar la duración de la reacción penal (*Bacigalupo*)<sup>58</sup>.

Se presenta en la prevención general positiva un nuevo concepto, cuyo objeto no es la intimidación sino la afirmación de la conciencia social de la norma.(*Demetrio Crespo*)<sup>59</sup> Es así como el fin de la pena ya no viene a generar una amenaza para quien no la cumple, sino que viene a concientizar.

Es esta teoría es la que adopto el Tribunal Constitucional alemán cuando dice que; El fin de la pena es preservar a la sociedad de comportamientos socialmente dañosos y proteger los valores elementales de la vida comunitaria. El legislador expresa en la cantidad de pena un juicio de desvalor sobre el hecho que amenaza con la pena. A través de este juicio de desvalor coadyuva a la formación de la conciencia en la

---

<sup>57</sup> Righi. Ob.Cit. Pág. 525.

<sup>58</sup> Righi. Ob.Cit. Pág. 525.

<sup>59</sup> Demetrio Crespo. Ob.CitPág. 111.

población<sup>60</sup> Esta postura aquí expuesta del Constitucional alemán, es la que se aplica en la Argentina es por ello que me pareció muy acertada postularla en esta parte del trabajo.

*Jakobs* dice que la prevención general positiva, es porque no se pretende alcanzar la intimidación de la generalidad de las personas, sino el mantenimiento de la norma como esquema de orientación, prevención porque se persigue un fin, precisamente, el mantenimiento de la fidelidad a la norma, y ello, concretamente, respecto del conjunto social, por ello, prevención general.

En todo caso, la tendencia a cometer el delito que concurra en otras personas solo juega un papel para la medida de la pena en cuanto sea consecuencia del hecho ya producido, es decir, una puesta en peligro de la vigencia de la norma por el hecho. La pena solo elimina aquella puesta en peligro de la vigencia de la norma que el delincuente haya creado a través de su hecho de modo imputable, de la que es responsable. Su responsabilidad por la puesta en peligro de la norma es la legitimación para infringirle dolor penal; por lo tanto, cabría hablar de reparación en un sentido amplio una reparación que el autor, si tuviera una motivación conforme a Derecho, prestaría espontáneamente mediante la renuncia al uso de su libertad (cosa que, de hecho, sucede de vez en cuando en forma de la composición entre autor y víctima, al igual que al solucionar conflictos informales, es habitual que se ofrezca una disminución del status propio o una prestación especial)<sup>61</sup>

Sin embargo solo podrá mantener la norma como esquema de orientación a través de la pena si aquella que se orienta en el papel de autor, teniendo en cuenta la pena, se abstienen, por miedo o convicción, de cometer el hecho, y si en los sujetos que se orienta en el papel de victimas existe la representación de que la pena apartara a alguno de cometer el hecho, y si en los sujetos que se orientan en el papel de victimas existe la representación de que la pena apartara a alguno de cometer el hecho, y esta representación ha de tener a la larga una fundamentación plausible, ya que de lo contrario la vigencia acabaría erosionándose tarde o temprano, al quedar al descubierto el engaño (*Jakobs*).

---

<sup>60</sup> Demetrio Crespo. Ob.Cit Pág. 113.

<sup>61</sup> Günther Jakobs. La pena estatal: significado y finalidad. Título en alemán: Staatliche Strafe; bedeutung und Zweck, Opladen, 2004. Traducción de Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijoo (Universidad Autónoma de Madrid).

Del párrafo anterior puedo decir entonces, que en la prevención general positiva, también esta puesta la intimidación de autores potenciales o futuros delincuentes, que si lo pensamos es prevención general negativa. La diferencia está como nos dice el autor que no se habla de esta directamente, pero el efecto es el mismo producir la fidelidad a la norma.

Entonces la norma debe producir miedo y convicción, y es la única forma de que se mantenga la confianza en la norma.

#### **4. Teoría de la Tecnología Motivacional de la Pena.**

El hecho de concebir la pena como una tecnología de la motivación social o incentivo, permitirá explicar distintos fenómenos en el derecho penal que de otra serían difícilmente explicables. Nótese que esta teoría no busca justificar normativamente el castigo, sino que es una teoría explicativa de la forma y el contenido del derecho penal. Las teorías clásicas de la pena son teorías justificadoras del castigo.

Esta teoría concibe la pena como un incentivo. La pena busca un incentivo a los fines que el sujeto a la hora de realiza un análisis costo-beneficio se comporte de manera distinta, esto que por sus propia autonomía de la voluntad, decida realizar el hecho punible. En esta idea de la motivación del comportamiento la pena esta puesta no en el grado de maldad, como si lo hacen las teorías clásicas de la pena.

Entonces la pena como tecnología motivacional o del incentivo, no tiene como fin la coacción correctiva de un comportamiento moralmente reprochable, sino generar una conducta *ex antes* de cometer la acción, pero no desde el temor (si lo hiciera desde el temor iría contra la autonomía de la voluntad del sujeto), la resocialización, o la coacción. La pena esta puesta desde una idea de libre voluntad de acción, esto es que quien comete el acto ilícito se plantea la posibilidad que su acto contrario al derecho le genera mayores costos que beneficios.

En otras palabras, esta tesis entiende a la pena desde el cálculo que realiza un individuo antes de cometer el ilícito, carácter **ex antes de la aplicación de la pena** y, no desde la intimidación, cuando se pone una sanción el único fin que encuentra es, aumentara los

costos en el próximo calculo que realice el sujeto, así hasta llegar al CMgd propio de casa sujeto.

Una sanción impuesta por un juez, está compensando o pagando por el daño social causado, la compensación esta no en la persona que sufrió el delito. La compensación esta puesta en el daño social que decidió romper, por ser más beneficioso no cooperar, entonces la pena es la compensación a la negación del derecho.

Lo que hace el sistema penal es ir poniendo diferente sanciones, hasta llegar a la mayor de ellas, de esta forma va aumentando los costos de quien delinque con cada acto que cometa contra el derecho (la teoría de Pigou).

El fin de la pena es entonces generar costos *ex antes* en la delincuencia, puedo decir que el fin de la pena es buscar desestabilizar económicamente a quien delinque, entender al sujeto que delinque como un profesional del delito, buscando generarle un conflicto económico por romper con su rol en la sociedad, y la defensa del sistema social esta puesta en el derecho.

La pena busca asegurar el derecho elegido por la sociedad, de esta forma un delincuente niega al derecho, y si niega al derecho, niega el acuerdo social al que se llego por una relación de costos, en el cual los miembros de una sociedad, ceden parte de su libertad, porque el costo que tendrían si cada uno se defiende individualmente sería muy alto y por estar defendiéndose de las posibles amenazas no podría utilizar su tiempo en otras cosas más productivas. Por tal motivo se acepta que el Estado se encargue de esa tarea.<sup>62</sup>Esta tesis comparte esta idea, salvo la parte en que los individuos ceden su libertad, ya que entendemos la idea del contrato social desde una perspectiva kantiana, en la cual no se cede ningún derecho.

En el hecho penal, el autor penal afirma, a través de acto, al mundo social que, con respecto a la norma, en este caso, como prohibición de la lesión corporal, es para él no determinante. Esto desautoriza a la norma frente a un bien penal lo mismo que la vigencia de la norma. El hecho penal es la lesión de la vigencia de la norma. Una lesión corporal es una contribución comunicativa y así debe ser definida la pena a través de su contenido expreso. Se trata de este modo de la palabra y de su respuesta. El autor habla en contra de la norma, la pena afirma la norma. (*Jakobs*)

---

<sup>62</sup>Stordeur. Ob.Cit.Pág. 336

De esta forma lo que nos está diciendo, es que será tomado como persona. Como capaz de tener derechos y respetar los derechos de los otros así como de lesionarlos. La relación que se da entre el hecho y la pena entra en el campo de la legalidad, y no solo en el campo puro de poder o de la violencia. Jakobs, pone el ejemplo del perro: No se trata de un mordisco de un perro y la utilización de una paliza contra el animal, sino alrededor de la palabra de una persona y alrededor de su réplica. Lo formal es siempre todavía –que derecho tiene y que derecho de otro debe el respetar- pero no es más arbitrario.

Entonces la culpabilidad tiene la repercusión sobre el concepto del cual une el hecho penal y la pena. La culpabilidad es, en este sentido, el resultado de una atribución, la que se encuentra cuando se llama al fundamento de un hecho penal social.

Tomaré un ejemplo que propone Olson y, luego lo adaptaré a la teoría que estoy proponiendo sobre la pena: Los economistas consideran los daños por contaminación un ejemplo prototipo de fracaso del mercado. Si, por ejemplo, el hollín que sale de la chimenea de una fábrica contamina el aire de todos los que viven en las inmediaciones, el vecindario experimenta una pérdida, pero esta pérdida no figura entre los costes de la empresa propietaria de la fábrica. Presumiblemente, esta corre con los costos sociales de la mano de obra, el capital y las materias primas que usa, pero, si no paga también el coste social de la contaminación que genera, entonces al menos parte de su producción tendrá a costarle a la sociedad más de lo que vale (es decir, más que el precio que los compradores están dispuestos a pagar por su producción). El gobierno imponiendo a la empresa una tasa por vertidos determinada por el costo social para las víctimas de efecto indirecto, podría hacer que la sociedad generara más ingresos o bienestar reales que antes. Si la situación anterior a la imposición de la tasa por vertidos era claramente ineficiente según Pareto y la tasa corrige esa ineficiencia social, de esto se sigue que se produce un aumento en los ingresos reales o el bienestar, y que tiene que existir alguna distribución de los mismos que haga que todos los miembros de la sociedad mantengan al menos su situación de bienestar anterior incluso algunos la mejoren<sup>63</sup>.

Aplicando lo que plantea Olson a esta tesis se leería de la siguiente manera: La pena impone a quien delinque una tasa por el costo social que genera para las víctimas del efecto indirecto. Así las cosas desde mi visión, el delito lleva a una ineficiencia según

---

<sup>63</sup>Olson. Poder y Prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas. Edit. XXI. Madrid. 2001. Pág. 61/62

Pareto y la pena corrige esa ineficiencia social. De esto se sigue que se produce un aumento en los ingresos reales o el bienestar y que los miembros de la sociedad vuelan a su situación de bienestar e incluso la mejoren. Por ello ratifico que la:

$\text{Pena} = \text{CMgd}$
-----------------------------

La idea postulada a lo largo de esta tesis, se la puede dividir en dos estadios, el primero de ellos: encuentra en la pena su justificación *ex antes*, de esta forma se trata al individuo como tal, no se busca una medida de protección todo lo contrario, busca una medida de MOTIVACION o INCENTIVO de las conductas. Cuando el sujeto realice su cálculo costo- beneficio dentro de su propio ámbito de libertad, este lo desincentivara o no dependiendo de cuál sea el CMgd de la persona, en cualquiera de las dos situaciones, está actuando libremente con información perfecta y, la conducta en caso que sea contraria al derecho puede ser reprochable.

El segundo estadio: aparece cuando el sujeto decidió actuar haciendo use de su libertad, encontrando mayores beneficios en la negación del derecho y, en este caso aparece la pena, una sanción en su justa medida por la culpabilidad, solo como una sanción que tiene do fines, la primera decirle a al sujeto que fue cosificado que sigue siendo persona y al delincuente que también lo considera persona por ello debe condenarlo porque si no lo condena lo estaría rebajando a una cosa que ni siquiera tiene derecho a ser sancionado por la norma, por buscar una mayor rentabilidad a costa de terceros, utilizando a terceros para su propio beneficio, tratando a los sujetos como cosas (entonces si la negación del derecho es la negación al Estado Social el cual tiene como fin bajar los costos de transacción), y en segundo lugar la sanción aparece por buscar aumentando los costos sociales, generando un quiebre en la cooperación que está dada por la voluntad general.

Esta idea de la pena no tiene como fin educar, ni mucho menos usar a quienes son condenados a ser bufones de ejemplo para los demás, porque además el ejemplo del bufón atenta contra la autonomía de la voluntad de la persona como ser libre e individual.

<p><b>Estadio I: Tecnología de la Motivación (ley) + (costo –beneficio) = conducta</b></p>
--

<p><b>Estadio II: conducta contraria al derecho + culpabilidad = Pena</b></p>
---

Esta teoría de la pena solo tiene como fin aumentar los costos en el cálculo libre que realiza el sujeto que evalúa la probabilidad de delinquir, esto es una motivación *ex antes* de que cometa el hecho. Ya que el hecho contrario al derecho lo que hace es aumentar los costos sociales, lo que sería contrario al derecho, entendiendo que el derecho tiene como fin bajar los costos sociales y hacer valer la autonomía de los individuos.

### **COOPERACION- COSTO SOCIAL-EXTERNALIDADES NEGATIVAS-**

El fundamento de la pena en esta tesis está comprendida como una motivadora de las conductas, antes de llegar a la coacción de la pena que surge en un segundo estadio, está la propuesta de la pena como **tecnología de la motivación**, esta dado en la en la relación del calculo que se hará el sujeto previo a realizar un acto(costo-beneficio) y, en esa negación del derecho lo que está haciendo, es generar una menor cooperación entre los individuos de una sociedad, estimulando una caída del capital social.

Esta negación del derecho, la relaciono con la idea de *Fukuyama* quien la relaciona con la ausencia de capital social. Es decir la alta tasa de delincuencia puede provocar que miembros de una comunidad que cumplen las leyes y obedecen las normas desconfíen de las demás personas, y por lo tanto cooperen menos con ellas a muchos niveles<sup>64</sup>.

En palabras de *Q. Wilson*, la delincuencia depredadora no solo convierte a los individuos en víctimas, sino que dificulta y hasta impide, en su forma extrema, la formación y el mantenimiento de la comunidad. Al romper el delicado nexo de los lazos, formales e informales, que nos unen a nuestros vecinos, la delincuencia atomiza la sociedad y convierte a sus miembros en meros individuos calculadores que valoran su propio interés, en especial su posibilidad de supervivencia entre sus prójimos. Las tareas comunes se vuelven difíciles o imposibles, salvo las motivadas por un deseo de protección.<sup>65</sup>

La delincuencia genera una disminución de la cooperación, esta negación al derecho genera un costo social que fundamenta la intervención del derecho penal, para disminuir el costo negativo que produce en la sociedad.

<sup>64</sup>Francis Fukuyama. La gran ruptura. Naturaleza humana y reconstrucción del orden social. (título original "thegreaddisruption") Pág. 163. Edit. SQN. Barcelona. España. 2000.

<sup>65</sup>Fukuyama. Ob.Cit Pág. 163.

El incumplimiento de la ley equivale a una destrucción del capital social. Quienes incumplen la ley buscan ganancias inmediatas, tratan de comparar el valor esperado de estas ganancias con los costos esperados y futuros que implica el castigo. Una decisión de incumplir la ley representa una compensación entre pérdidas futuras previstas y ganancias presentes. (*Buchanan*)<sup>66</sup>

Quien delinque en su negación al derecho, está generando una externalidad negativa, ¿de qué manera? Genera un costo social, que se traduce en una pérdida de la confianza entre los miembros de una sociedad y esta lleva a que baje la cooperación, al mismo tiempo niega la autonomía de la voluntad y de esa forma niega a la persona como ser libre, en resumen la negación al derecho aumenta los costos sociales, ya que se vuelve un enemigo de la sociedad.

Quien delinque se ve reflejado en el juego no cooperativo, encuentra en el delito la maximización de su beneficio. Pero si tomamos la idea de la cooperación será más entable si la sociedad tiene confianza en sus pares, sabrá que encontrara cooperación en ellos y, de esta forma maximizara sus beneficios. Entonces el derecho penal viene a bajar esos costos de transacción.

Quien comete un acto contrario al derecho está dispuesto a pagar los costos por la búsqueda de la maximización de sus beneficios en el delito a costa de terceros, solo por acrecentar su beneficio, sabiendo que los demás individuos estarán cooperando, de esta forma el delincuente se aprovecha de la cooperación de la comunidad para maximizar, transformándose en un free rider que genera una externalidad negativa en la sociedad por el costo social que deja.

Pero en este juego de cooperación, quien decide no cooperar he incurrir en el delito, lo que genera en la sociedad es un costo muy alto, la cooperación se logra con esfuerzo, esto es gracias al capital social que se fue gestando con el tiempo. Por ello el derecho tiene como fin bajar los costos de transacción que se dan en esta relación, buscando aumentar los costos en las decisiones de quienes deciden detractar en la cooperación.

Las sociedades tienen más posibilidades de prosperar cuando hay incentivos claros para producir y recoger las ganancias de la cooperación social a través de la especialización y el comercio. Si una sociedad pretende alcanzar el máximo de los ingresos posibles,

---

<sup>66</sup> James M. Buchanan. Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el leviatán. Pág.200 1ª edición, 2009. España. Katz editores

los incentivos no solo deben ser claros, sino que deben inducir a las empresas y a los individuos que forman parte de la economía a interactuar de un modo socialmente eficiente. Si pasamos de lo que es mejor a lo que es peor para la prosperidad, probablemente habría acuerdo en que cuando ganar esta más incentivado que producir – cuando se obtiene más beneficios con la predacion que con las actividades productivas y mutuamente ventajosas- las sociedades se hundan. En una anarquía hobbesiana, en la que no hay restricción alguna a los incentivos individuales cuando arrebatarle cosas unos a otros se trata, o una cleptocracia, en la que quienes están en el poder se apropian la mayor parte en beneficios propios, no hay mucha producción ni grandes beneficios que obtener de la cooperación social a través de la especialización y el comercio. No hay duda de que los resultados históricos no dependen solo de los incentivos y los intereses egoístas de quienes están en el poder, sino también de su moral y su temperamento<sup>67</sup>.

La tecnología de la motivación está buscando reducir esos costos sociales, *ex antes* que se produzca el delito, con la simpleza de aumentar los costos por sobre los beneficios, sin atentar contra la voluntad de la persona y mucho menos ponerlo de ejemplo, sino que en su cálculo libre con información perfecta tome su decisión.

<b>PENA = COOPERACION &gt; COS TO SOCIAL</b>
--

### **HOMUS ECONOMICUS y PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.**

Ahora bien lo que esta tesis viene proponiendo son dos estadios que tiene la pena, el primero de ellos la **tecnología de la motivación de la pena ex antes**, cuando el sujeto evaluando su costo–beneficio y encuentra mayor beneficio en el delito, lleva a cabo el hecho ilícito. El segundo estadio aparece una vez que el sujeto realiza el acto contrario al derecho y, la pena es aplicada como sanción, (entendida la pena sin otro fin que el de sancionar por la negación del derecho), no encuentra esta tesis en el segundo estadio más que la sanción sin otro fin. Pero lo que ocurrirá cuando el sujeto condenado vuelva a su vida en sociedad, su análisis costo-beneficio tendrá mayores costos ya que deberá evaluar con un costo mayor la capturar.

---

<sup>67</sup>Mancur Olson. Ob.CitPág.1,2 y 3.

La idea que, cuando penamos a los que han cometido delitos, los tratamos como personas, respetando su autonomía moral, y no como cosas que pueden ser manipuladas. A mí me gusta poner las cosas al revés: a menos que respetemos la autonomía moral de la gente, haciendo depender su responsabilidad penal de su libre y consiente aceptación de ella, toda carga impuesta a los autores de delitos, aunque se lo haga a título de tratamiento, será injusta si no va acompañada de beneficios compensatorios. Esos gravámenes constituirían exacciones gratuitas impuestas en beneficio exclusivo de otros y vendrían a ser merecedoras de la condenación que formula Kant contra prácticas que tratan a los hombres exclusivamente como medios y no como fines en sí mismo (Nino)<sup>68</sup>.

*Behavioral Economics*, permitirá evaluar durante esta tesis como aplicar el concepto del costo-beneficio a la hora de tomar decisiones, no solo en quienes delinquen, sino que todos los individuos cuando tienen que tomar una opción, busquen la que maximice más su resultado.

La motivación a elegir delitos, se encuentra haciendo el siguiente razonamiento o cálculo: primero cuál es la posibilidad de que lo atrapen, segundo tomando en cuenta que lo atrapen, dentro de la evaluación que hace es si tendrá una condena y si la misma lo llevara a la cárcel o no, o si el derecho le proporcionara la opción de elegir por otro instituto procesal que lo lleve a evitar la privación de la libertad. En otras palabras lo que se hace consciente o inconscientemente es realizar un cálculo costo-beneficio

Ahora bien, la cárcel es la última instancia de una condena que se le puede aplicar a quien delinque, y esta tiene como fin, desde mi perspectiva, sacar a quien causa una externalidad negativa mediante el delito de la sociedad libre, al entender la labor del delincuente como un trabajo, el tiempo que tenga que cumplir como pena es el tiempo que no podrá trabajar.

La privación de la libertad corporal, lo que hace es que el individuo pierda su trabajo, y cuando sale de la cárcel tener que comenzar de cero, generando un costo mayor. *“La prisión tiene la ventaja, además, de que excluye de la oferta del delito a personas peligrosas y puede ser justificable cuando la probabilidad y la magnitud del daño son*

---

<sup>68</sup> Nino. Pág. 248

*significativas. Estos elementos podrán explicar la realidad del uso tan extensivo de la pena de prisión para delitos graves.”*<sup>69</sup>

Entonces así manifestado, la cárcel tiene como fin, sacar del negocio al delincuente. Un ejemplo sería: clausurarle el local por un tiempo X, no tendrá ningún tipo de ingreso, mientras que se encuentre privado de su libertad. En otras palabras lo que hace la cárcel, es sacar a quien delinque de la sociedad por un tiempo, evitando que esa persona no genere más externalidades negativas. Cuando se llega a la pena máxima como es la privación de la libertad, esto se debe a que el individuo tiene un CMgd demasiado elevado y, es por ello que se le aplica el máximo costo.

Resumiendo, la causa del encierro del cuerpo y la limitación de la libertad, es solo un medio que tiene como fin una sanción económica sobre el individuo, generando mayores costos que beneficios (esta tesis no toma la idea que propone *Cooter&Ulen* sobre la cárcel, tema ya tratado en capítulos anteriores), el fin está puesto en aumentar los costos, no en generar un ejemplo para los demás, mucho menos buscar resocializarlo, solo aumentar los costos hasta que el negocio no sea más rentable.

En la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene un rango constitucional. (BVerfGE, 19, 348). Una ley penal no puede ser más dura que el hecho que la motiva y la hace aplicable, es decir, que el derecho penal no puede perseguir hechos de bagatela con penas crueles.”<sup>70</sup> Este principio de proporcionalidad encuentra un fin económico, esto sería por el simple motivo que si las penas son sumamente altas de entrada, quien delinque pasaría a delitos muchos más complejos, en el momento que haga una relación costo-beneficio le convendrá un delito mayor. (El ejemplo más usado, es el que ya cite anteriormente del profesional del secuestro). Puedo decir que el principio de proporcionalidad sigue la idea económica del CMgd y, es utilizable la solución de Pigou a las externalidades negativas, para explicar la proporcionalidad, ya que ir aplicando penas hasta llegar gradualmente al CMgd de quien es condenado y debe cumplir una pena. Está a la vista que se sigue un axioma o una tecnología de incentivos para corregir el mercado delictivo, siendo fácil explicarlo con la idea del CMgd, que con la idea de que si la pena es cruel o no es cruel, porque el fin último que se observa en las penas es la sanción por el hecho contrario al derecho, de esta forma es

---

<sup>69</sup> Eduardo. Ob.Cit. Pág. 366. .

<sup>70</sup> Naucke. Ob.Cit. Pág. 104.

más sencillo fundamentar y comprender la proporcionalidad de la pena aplicando la teoría de Pigou.

Entonces este principio de proporcionalidad de la pena solo tiene un fin económico, que cumple una doble función, la primera: la economía en la pena es la que genera la garantía de la proporcionalidad, en pocas palabras regula el mercado de la pena limitando al Estado en ella y, segundo: cuando hablemos de progresividad en la pena, cambiémoslo o entendámoslo como la búsqueda del CMgd que tiene cada individuo, esto hace también que se traspase el límite a la persona, es esta la que decidiría a hasta cuánto está dispuesta a arriesgar. La regulación del mercado de la pena lo que está haciendo es justamente está permitiendo que se genere el cálculo del costo-beneficio.

En caso que el costo o impuesto que se le va aplicando progresivamente, no le afecte por la baja aversión al riesgo que tenga en su profesión, o porque el beneficio que tenga sea mayor al costo, entonces la pena lo que hará, es sacarlo del mercado laboral clausurando su negocio (privándolo de su libertad), se van poniendo impuestos progresivamente más caros hasta que desista o pague por el daño causado a la sociedad.

### **¿POR QUE PIGOU Y PARETO?**

Como estuvimos viendo a lo largo de esta tesis, se puede aplicar lo que propone *Pigou* para las soluciones a las externalidades negativas a las teorías de la pena. Lleva a esta idea de ir generando costos en quien delinque hasta lograr un CMgd, en este proceso lo que se busca es que la norma sea eficiente, utilizando costos de menor a mayor, en palabras más simples ir generando una menor utilidad por los altos costos en la vida profesional del delincuente, al finalizar esta tesis se podrá observar como todas las teorías, tienen un fin económico sobre quien ha de cometer un delito.

Esta idea es que la pena como motivadora, esta puesta en la relación costo-beneficio, esto lleva a que la consecuencia sea *ex antes* de que aparezca la coacción que propone una condena, dejando de lado la idea que postulan las teorías clásicas, las cuales la pena actúa *ex posta* la pena.

En el caso de una norma de conducta, un cambio en los precios relativos o un cambio en los gustos llevaran a su erosión gradual y a su sustitución por una norma diferente. Con

el paso del tiempo, la regla puede cambiar o simplemente olvidarse y no ser cumplida por la fuerza. Del mismo modo, una costumbre o tradición puede ser erosionada gradualmente y sustituida por otra (*North*)<sup>71</sup>.

Esta idea es beneficiosa para el Estado, así como para quien quebrante la norma, ya que si comenzara de mayor a menor, debería comenzar por el encarcelamiento el cual es la más costosa de todas las sanciones, el costo social que tendría para el individuo que es sometido al sistema penitenciario en su primer delito sería muy alto.

La fórmula de *Pigou* entendida aquí como una finalidad de buscar que los individuos desistan antes de tiempo de delinquir y así evitar llegar al costo de la desconfianza social y la falta de cooperación.

La idea de aplicar la eficiencia de *Pareto*, es a los fines de explicar la pena como condena a la negación al derecho, quien delinque se encuentra en la libertad de actuar como desee, pero teniendo información adicional en el momento de adoptar una decisión, esto es que esa conducta está tipificada como un delito, y por consiguiente en su maximización cometerá un delito, y deberá pagar para compensar a la sociedad por el daño que le causa.

Puedo decir que esta destrucción del capital social, es una externalidad negativa, que se le produce a la sociedad. Entonces siguiendo la fórmula de *Pigou*, la pena es ese impuesto que se le aplica a quien delinque, para generarle costos hasta el punto que decida desistir o invertir en otra profesión.

Entonces esta idea de eficiencia aplicada a la pena podríamos interpretarla de la siguiente manera: La pena es la compensación al costo del delito, esto quiere decir, que el sujeto en su plena autonomía, realiza el hecho contrario al derecho, esto genera un costo social que es reducir los niveles de cooperación social, al mismo tiempo el delito está cosificando al individuo que es víctima, la pena como tal está cumpliendo con la función de elevar los niveles de cooperación social, que la víctima siga manteniendo su condición como persona autónoma y, al mismo tiempo busca volver persona a quien comete el delito, condenándolo a un apena su negación al derecho.

---

<sup>71</sup>North. . Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico. Edit: Fondo de Cultura Económico. México. 2012Pág. 114

Siguiendo con la idea del párrafo anterior, individuo que niega el derecho es un free rider, esto es que vive de la cooperación y el trabajo de los demás, maximiza sus beneficios a costa de los demás. La pena le está diciendo, que el por su autonomía puede hacerlo, pero el Estado como sujeto que vela por la autonomía de los individuos no se lo permitirá, y está obligado a sancionarlo, sino lo sanciona lo rebaja a una categoría natural de cosa o animal sin derechos. Desde este punto de vista la pena tiene la función de reconocer como persona tanto a la víctima como al delincuente.

La eficiencia de *Paretonos* ayudará a encontrar el equilibrio desde la visión de que quien decide cometer un delito puede hacerlo porque es su autonomía, pero debe compensar a la sociedad por esa maximización personal que busco, la compensación al mal causado esta puesta en la pena.

No en la pena material, en el sentido que devuelva el bien robado por ejemplo, sino en esa pena como sanción por haber quebrantado la cooperación social y la idea de persona<sup>72</sup>. La restauración del bien como cosa material le corresponde al derecho civil y no al derecho penal, es por ello que la persecución corresponde al Estado, sin importan si la querrela desea o no continuar con la acción penal.

---

<sup>72</sup>Cuando se hace referencia a “persona” en esta tesis, debe remitirse al concepto de persona kantiana.



*“La economía es el estudio de la conducta humana en los asuntos corrientes de la vida; examina aquella parte de la acción individual y social que está más íntimamente relacionada con la consecuencia y uso de los requisitos materiales del bienestar”.*<sup>73</sup>-

*Alfred Marshall.-*

### **Capítulo V**

#### **Análisis de las Conductas de los Sujetos. Homo Económicus**

Este capítulo tratara de incorporar a la tesis conceptos que servirán para analizar la conducta de los individuos, estos conceptos servirán para validar parte de la hipótesis planteada sobre *lapena como tecnología de la motivación o incentivos*, desde esta idea quien comete un ilícito estaría buscando la maximización de sus beneficios. En el análisis de la pena tomo los siguientes supuestos esbozados en este capítulo a saber: *elección racional, aversión al riesgo e incentivos*.

En el campo de la teoría económica ello se logra no obstante en base a ciertas premisas básicas del comportamiento de los agentes económicos (consumidores y productores), que derivan de lo que el análisis entiende observar del accionar o comportamiento moral usual de los mismos en el mercado, como es: maximizar el resultado de sus decisiones en términos de utilidad o beneficio, obtenible con la generación y la aplicación del ingreso al consumo o a la producción de bienes y servicios, y/o al ahorro/inversión. Esta concepción es la noción del *homo economicus* que subyace en el razonamiento de este comportamiento (*Piffano*)<sup>74</sup>.

Muy poco es lo que sabemos sobre las fuentes que hacen cambiar preferencias o gustos. Es evidente que cambiar los precios relativos desempeña un cierto papel en los

---

<sup>73</sup> A. Marshall. Principios de Economía. Aguilar Madrid, 1963. Pág. 3

<sup>74</sup>Horacio L. P. Piffano. Pág. 14. Análisis Económico del Derecho Tributario. E-Book. Presentación Mayo 2012. Editor: UNLP PrEBi/SeDiCI.

cambios de gustos. Es decir, cambios fundamentales en los precios relativos a lo largo del tiempo alteraran la pauta conductual de la gente y su racionalización de lo que constituyen las normas de conducta (*North*)<sup>75</sup>. Esto es que los cambios relativos de precio alteran los incentivos de los sujetos en la interacción humana, y la única fuente adicional de un cambio así, es un cambio de gusto.

Algo que debe tener en cuenta el lector durante este capítulo es la idea del TRADE-OFF, se debe entender como esa situación en el cual se debe perder cierta cualidad a cambio de otra cualidad. Esto es *una información perfecta en la cual se comprende las ventajas y desventajas de cada elección*.

Esto es lo que en economía se denomina “*costo de oportunidad*”, es el costo de tomar una decisión, la cual la puedo medir en relación a lo que pierdo o dejo de percibir, por el hecho de tenerla o lo que generaría si tomase otra decisión.

Los economistas suponen que todos los actores económicos maximizan algo: los consumidores maximizan utilidades (es decir la felicidad o satisfacción) las empresas maximizan los beneficios, los políticos maximizan votos, las burocracias maximizan la recaudación, las instituciones de caridad maximizan el bienestar social, etc<sup>76</sup>.

Esta idea es posible llevarla a cabo ya que se parte que todos los individuos son racionales y por ello es que busquen maximizar sus funciones y, la racionalidad requiere la maximización.

Las alternativas que enfrenta una persona encargada de tomar decisiones económicas le dan cantidades de lo que desea. Una idea de la racionalidad afirma que un actor un actor racional puede ordenar las alternativas de acuerdo con la medida que le den lo que desea. En la práctica, las alternativas al alcance del actor están restringidas. Por ejemplo, un consumidor racional puede ordenar conjuntos alternativos de bienes consumo, y su presupuesto restringir su elección sobre ellos<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> North. Ob. Cit. Pág. 111.

<sup>76</sup> Cooter & Ulen. Ob. Cit. Pág. 24

<sup>77</sup> Cooter & Ulen. Ob. Cit. Pág. 24

Parte del análisis económico que hacen los economistas sobre el crimen, es que quien comete un delito está haciendo una elección racional, y tiene una baja aversión al riesgo, estos puntos son los que veremos específicamente en este capítulo.

El modelo neoclásico supone un agente económico con un solo centro decisorio, el deliberativo, ha funcionado relativamente bien al explicar la conducta económica, del consumidor como que maximiza su utilidad, como el empresario que eficientemente organiza su empresa, así como el delincuente que tiene el riesgo que debe enfrentar de ser encarcelado (*Loewenstein & O`Donoghue*).

Hay dos formas de encarar este capítulo, uno es utilizando la corriente conocida como behavioral economics o la corriente de la neuro-economía. Los planos en los que se analizan una y otra son diferentes. Mientras en el primer caso estudiamos cuantas personas responden positivamente a un estímulo cualesquiera, en el segundo miramos dentro de su cerebro, de algunas de las formas que analizamos más abajo, para ver qué sucede en su interior, y hemos llegado al análisis de las reacciones químicas que influyen en las conductas. (*Navarro*)<sup>78</sup>

De esto podemos decir que hay dos formas de evaluar las conductas de los individuos, una que es la que tomo yo para elaborar mi hipótesis que es la que nos propone el *homuseconomicus*, y la otra la que nos trae la neuro-economía que no tratare en esta tesis.

### **Elección Racional**

La racionalidad significa para un economista una disposición a escoger, consistente o inconscientemente, un medio apto para cualesquiera fines que tenga quien escoge. En otras palabras, la racionalidad es la capacidad y la inclinación para usar el razonamiento instrumental a fin de desenvolverse en la vida.

---

<sup>78</sup> Alfredo Martín Navarro. Neuroeconomía y Metodología. Algunas reflexiones iniciales. Conferencia pronunciada en la academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires el 19 de julio de 2007.

De modo que quizás el supuesto de que los individuos son maximizadores racionales de sus satisfacciones no es tan poco realista como podría creer a primera vista quien no es economista.<sup>79</sup>

Algunas pueden entenderse por la *elección racional*, y que alguno efectos podrían ser por una combinación de *efectos de riqueza*, es que nuestras preferencias cambian cuando cambian nuestras riquezas; el *excedente del consumidor* que vendría a ser que evalúan los bienes por encima del precios del mercado y la *preferencia de adaptación racional* es el hecho que nos adaptamos a lo que ya tenemos o conocemos he incurrimos en gastos para adaptarnos a algo nuevo (*Posner*).

La regla básica de la teoría económica moderna es la asunción que los agentes económicos son *maximizadores racionales*, es decir que toman decisiones con el objetivo consistente utilizando medios eficientes. Esto supone que cada individuo tiene un conjunto de preferencias que es completa, reflexiva, transitiva y continua. Dada estas condiciones puede demostrarse que las preferencias del consumidor pueden ser representadas en una función de utilidad.<sup>80</sup>

No se considera que la acción desarrollada en pro de interés propio sea inmoral o invalida para ser estudiada, muy por el contrario, se sugiere que la prosecución del interés propio es una buena descripción del comportamiento económico y se nos pide analizar todas sus consecuencias. Es importante que se entienda que el análisis económico tome como objeto el equilibrio social, la economía es el estudio de un equilibrio social resultante de la conducta codiciosa de varios agentes que tienen intereses en conflicto. *Adam Smith* enseñó a considerar con atención la posibilidad de que la conducta egoísta de los agentes promoviera el bien social.

Partiendo que esta conducta egoísta promueve el bien social, No es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del pandero la que nos procura el alimento, sino la consideración de su propio interés. No invocamos sus sentimientos humanitarios sino su egoísmo; ni les hablamos de nuestra necesidad, sino de sus ventajas. Solo el mendigo

---

<sup>79</sup>Posner. Ob. Cit. P ág. 47

<sup>80</sup>Sola. Ob. Cit. Pág. 81

depende principalmente de la benevolencia de sus conciudadanos; pero no en absoluto. (*Adam Smith*)<sup>81</sup>

Ahora bien, hasta ahora el análisis económico no sería otra cosa que el estudio de las conductas racionales aplicadas a este terreno. El objeto de la economía para *Marshall*, aparece como resultado global de un gran número de actividades individuales que seguirán las pautas de la elección racional.

La identificación del campo de la economía con las decisiones racionales en la producción requiere que interpretemos la relación de mercado como el resultado de estas decisiones. La actividad de quienes cambian cosas en el mercado para obtener una situación más favorable que aquella en la que se encontraban inicialmente es asimilable a la del producto que combina los recursos de que dispone para lograr también el resultado más favorable posible. Simplemente significa una ampliación del campo en que se ejerce esta actividad, puesto que ya no son únicamente las acciones individuales las que se modulan y organizan para conseguir un determinado objetivo, sino que el mercado permite una cooperación entre actividades independiente con la misma eficacia que si se ejercieran bajo misma dirección<sup>82</sup>.

Así las cosas la interacción del mercado permite poner en común el conocimiento que cada uno de los agentes posee de su entorno inmediato y hace que se beneficien de este conocimiento el conjunto de la sociedad.

La primera cuestión es preguntarse por qué ciertas actividades como el robo o el asesinato deberían ser impedidas desde un punto de vista económico. Por ejemplo, no resulta inmediatamente obvio que sean económicamente ineficientes. El robo es una “mera” transferencia; yo pierdo \$100 y el ladrón gana \$100. No parece haber costos de eficiencia. ¿Qué hay de erróneo en este análisis? El análisis siguiente está inspirado en *Gary Becker*<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Adam Smith. Investigaciones sobre la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones. Pág. 17. Cap.II. Edit. Fondo de Cultura Económico. 2008

<sup>82</sup> MoltoGarcia. Ob. Cit. Pág. 13..

<sup>83</sup> Enrique Bour. Economía del Crimen, Accidentes, Responsabilidad y Regulación. [www.ebour.com](http://www.ebour.com).

Si analizamos el robo este tiene costos; el ladrón debe gastar dinero, tiempo y esfuerzo en comprar herramientas, identificando y ubicando la propiedad, rompiendo la puerta de entrada, y así sucesivamente. ¿Cuánto tiempo y esfuerzo? Para responder, no hace falta interrogar a ningún ladrón, ya que la teoría económica lo sugiere – al menos para el ladrón marginal. En equilibrio, como en otros mercados competitivos, el costo marginal será igual al costo medio e igual al precio. El “ladrón marginal” no tiene ganancias al balancear el costo impuesto a su víctima. Supongan que cualquiera que desee ser un ladrón podría robar \$100 a un costo neto (que incluye gastos operativos, valor del tiempo y riesgo de ser capturado) de sólo \$50. El beneficio marginal neto es positivo, luego entrarán firmas a la industria. Si robar deja más ganancias que ocupaciones alternativas, habrá gente que dejará esas ocupaciones para dedicarse a robar.

Gary Becker ha afirmado que la delincuencia puede considerarse como otras formas de elección racional: el número de delitos se incrementa cuando aumentan los rendimientos que estos proporcionan o disminuyen los costes (es decir, el castigo), y viceversa<sup>84</sup>.

#### A) *Aversión al Riesgo*

La aversión al riesgo, es un corolario del principio de *utilidad marginal decreciente* del dinero, lo que significa simplemente que entre más dinero tenga obtendrá menos felicidad adicional de otro dólar. La *utilidad marginal decreciente* se ilustra más claramente con bienes menos versátiles que el dinero. Sin embargo, la reflexión debe hacer evidente que otro dólar significara también menos para una persona a medida que mejora su riqueza. (Posner)<sup>85</sup>

Podemos decir que la aversión al riesgo, es aquel que valora más el valor de un bien X que otro. De esta forma una persona que posee una aversión alta al riesgo valora más un peso que quien tiene una aversión al riesgo baja o nula.

En este caso para Cooter&Ulen, dicen que una persona cuya función de utilidad en el ingreso monetario exhibe una utilidad marginal decreciente, siente aversión al riesgo.

---

<sup>84</sup>Fukuyama. Ob. CitPag.99. .

<sup>85</sup>Posner.Ob. Cit.Pág. 36.

Un tomador de decisiones que sienta aversión al riesgo preferirá quedarse con \$85 seguros que emprender un proyecto cuyo valor medio esperado sea igual a \$85<sup>86</sup>.

Los economistas suponen que la mayoría de los individuos sienten aversión al riesgo, pero que también hay excepciones, ya que hay individuos que son neutrales hacia el riesgo como es el caso de los jugadores, quienes realizan deportes extremos que prefieren el riesgo. Así como sucede con la aversión al riesgo, estas actitudes pro riesgo pueden definirse en términos de la función de utilidad del individuo en el ingreso monetario y de la utilidad marginal del ingreso.

Quien se siente neutral al riesgo tendrá una utilidad marginal del ingreso constante, de modo que se sentirá indiferente entre una perspectiva cierta de ingreso y una expectativa incierta de un valor monetario esperado igual.<sup>87</sup>

Quien busque o prefiera el riesgo tendrá una utilidad marginal del ingreso creciente, de modo que preferirá una perspectiva de ingreso incierta a una perspectiva cierta de valores monetario esperado igual.

Ahora ya sean los gustos o preferencias que tengan los individuos no es la misma siempre, ya que esta ira variando dependiendo de gustos etc. Esto lo que hará es que las decisiones que tomen los distintos individuos no serán idénticas ante distintas circunstancias.

Esto mismo ocurre en lo a teniente al riesgo, no todas las personas tendrán la misma aversión al riesgo, así como las personas en algunas circunstancias tendrán baja aversión al riesgo y en otras circunstancias una alta aversión al riesgo. Esto también dependerá de la posición en la que se está jugando el individuo, por ejemplo: supongamos que un millonario está jugando a la ruleta, lo que pueda perder más que seguro que no le privara de ciertos gustos o la posibilidad de no llegar a fin de mes. Ahora bien si usamos el mismo ejemplo pero cambiamos a nuestro millonario por un empleado público, la apuesta que haga en la ruleta si le significara un gasto importante a su sueldo fijo, en consecuencia será posiblemente más conservador a la hora de apostar,

---

<sup>86</sup>Cooter&Ulen. Ob. Cit.Pág. 71

<sup>87</sup>Cooter&Ulen. Ob. Cit.Pág. 72

buscando en su apuesta una jugada que lo lleve a ganar poco pero en consecuencia a perder poco.

El comportamiento de los individuos estará orientado dependiendo de su actitud a los distintos riesgos, no olvidemos que en lo que podemos tener aversión nosotros, otros quizás no la tienen, entonces hay quienes aversión al riesgo, quienes son amantes del riesgo y quienes permanezcan neutrales ante el mismo. Y este comportamiento lo pueden mostrar en momento y el contrario en el siguiente. Quien se muestre amante del riesgo no quiere decir que tenga que aceptar cualquier juego. Es obvio que el nivel de renta que tienen los individuos es uno de los factores que influye en la postura que se tome ante el riesgo.

Un ejemplo clásico que se utiliza para esto es: si le doy la posibilidad de apostar conmigo lo siguiente, si tiro una moneda al aire y cae cara Ud. gana y, le doy 20 dólares, ahora le puedo dar 12 dólares x el solo hecho de decidir no tirar la moneda.

Es claro que del ejemplo anterior un individuo preferirá que le den 12 dólares antes nada, dejando de lado la idea de ganar los 20 dólares, de esta forma preferirá el equivalente cierto o equivalente de certeza. Dejando de lado la prima del riesgo que es la cantidad de dinero a la que está dispuesto a renunciar un individuo para evitar el riesgo.

Cuando tenemos más capital, disminuye la aversión al riesgo, al ser más rico el dinero le resulta menos imprescindible para satisfacer menos necesidades más imperiosas. Asimismo una persona pobre no quiere decir que indefectiblemente mostrara una alta o baja aversión al riesgo, dado que cada uno tiene su propia función de utilidad y diferente de la de los demás, sino que una misma persona con una misma función de utilidad, mostrara una postura diferente ante el riesgo.

**D) Teoría de los Incentivos.**

Las elecciones que hacen los individuos y las empresas conllevan y son influidas por los incentivos, que comparten, las oportunidades de intercambio que presentan, la información disponible y la distribución inicial de riqueza<sup>88</sup>.

En el caso de *Pigou* que es la teoría que importa para esta tesis, es un claro defensor del impuesto correctivo, esto es que mediante el impuesto corrige errores del precio, conduciéndolo a una asignación eficiente.

Siguiendo con la idea que siempre que se esté dispuesto a pagar el precio del mercado, puede comprar el producto, en este caso es lo mismo, siempre que se esté dispuesto a pagar el precio de la pena, entonces el sujeto cometerá el hecho ilícito.

Y de esta forma aparece esta idea clave de las fuerzas del mercado, de la oferta y la demanda actuando libremente, el precio resulta una buena medida de la escasez. Es el mismo mercado delictivo el que decidirá si consumirá a esa pena o no, entonces si la pena es muy baja para ciertos delitos, el mercado llevara a que se consuma mas de ese delito, si el delito tiene más pena y mayores costos de llevarlos a cabo entonces habrá menos de esos delitos.

El precio de un bien o servicio es lo que se debe entregar a cambio de ese bien o servicio<sup>89</sup>. Acá la pena constituye el precio que se debe pagar por el delito cometido, quizás sea repetitivo, pero es el precio que debe pagar por desear el delito.

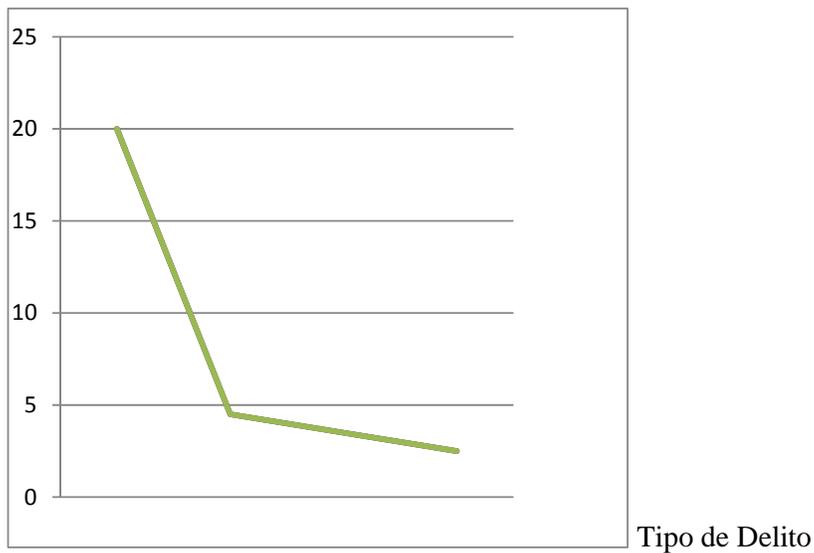
El concepto de demanda esta para describir la cantidad de un bien o servicio que una familia o empresa decide comprar a un determinado precio. Ahora bien cada individuo cuando este por cometer un delito lo hará según la capacidad de compra de los materiales necesarios para el hecho y según el precio de la pena que deba afrontar, si está dispuesto a afrontar una pena alta entonces buscara un delito mayor con una rentabilidad alta, si está dispuesto a afrontar un consume menor buscara un delito de menor cuantía en la pena.

---

<sup>88</sup>Stiglitz & Walsh. Ob. Cit. Pag.45

<sup>89</sup>Stiglitz&Walsh.Ob. Cit. Pág. 78

## Cantidad de Pena



En el gráfico vemos como en la ordenada representan a la cantidad de pena que corresponde a cada delito, y en la abscisa el tipo de delito que se elige según la pena, entonces en los delitos con penas altas son aquellos en los que el legislador ha decidido que son más graves y merecen mayor pena, mientras que a medida que disminuye la pena aumentan el abanico de delitos, con esto que quiero decir, que el legislador, el representante de la sociedad, acepta que ciertos delitos sobre otros por el costo social que estos llevan. Y que la pena como un incentivo ex ante, está buscando que el sujeto realice este mismo análisis, entonces entenderá que delitos le conviene elegir según el precio que esté dispuesto a pagar.

Este mismo gráfico lo aplicamos a la idea que la pena debe ser proporcional, ya que de esta forma permite al sujeto a cuando socave sobre él una pena sea proporcional a los fines que evalué su costo beneficio.

Encontramos un incentivo a que se elijan delitos de menor cuantía, que asimismo generan un menor costo social, que si las penas fueran a la inversa, hay un incentivo a delitos menos graves.

La crítica que podría usarse a la idea de utilizar la teoría pigouviana puede ser, que conociendo  $X$  podría fijarse un impuesto, que conducirá a la empresa a elegir  $X=X'$ . El problema que se plantea con esta solución es que la autoridad tributaria debería conocer

la función de costo de la externalidad. Pero si la supiera, podría obviar todo el procedimiento y emitir un comando de producción al nivel apropiado. En este caso como no sabemos cuál es la función del costo de los sujetos que delinquen se pone un impuesto general o una pena general, que funcionara como incentivo dependiendo del CMgd de cada uno de ellos.



## Capítulo. VI

### Coacción, Libertad y Norma General

En este capítulo se leerá la palabra coacción en varias oportunidades, la misma tiene estrecha relación con el fin de la pena, por tal motivo estimo necesario definirla a los fines de no generar dudas sobre de que se está hablando. Esto porque la pena en las teorías clásicas cumple un papel de coacción, pero como se viene sosteniendo en esta tesis, una coacción que busca generar un cambio de conducta, una motivación *ex post de la aplicación de la pena*.

Hay una diferencia en la idea de la pena como *motivador de conducta ex ante*, permite que el sujeto libremente realizar o no la conducta según su cálculo personal de costos. Entonces la coacción de las teorías clásicas lo que está haciendo es modificar el libre albedrio de los individuos mediante el miedo en la pena que se le aplica, la pena como educación desde donde se la mira está tomando al sujeto como una cosa y, prejuzgando que volverá a delinquir pero este tema lo trato en el capítulo de la resocialización.

En la propuesta de esta tesis la violencia aparece en el segundo estadio, que es la aplicación de la pena, pero la pena puesta no en la educación no en la resocialización, se lo condena al individuo a una pena por la negación del derecho, porque esa negación del derecho lleva a que aumenten los costos sociales. A modo de resumen la pena esta puesta como un castigo a la negación del derecho y aumentar los costos en el cálculo personal de quien desea delinquir, de este modo la coacción se da cuando es condenado, sin ninguna implicancia en el primer estadio.

El principio de protección prudencial de la sociedad, según el cual una ley penal se justifica solamente cuando su sanción y aplicación están destinadas a prevenir daños mayores que los que ella genera. El principio liberal que proclama la ilegitimidad de las leyes penales que se dirigen meramente a prevenir el daño de la auto degradación moral, y que exige consecuentemente que dichas leyes estén solo destinadas a prevenir los actos que lesionan bienes, intereses o derechos de otras personas distintas de sus agentes. Una justificación retribucionista de la pena, al menos en algunas de sus versiones, excluirá sin duda la posibilidad de reprimir actos que no son, en algún sentido, perniciosos (si tal calificación depende o no del perjuicio a terceros es otra cuestión). Pero una justificación de la pena en términos de su capacidad de disminuir

los daños sociales parece permitir la existencia de casos en que se pene un acto en si mismo inocuo para desalentar la comisión de actos perjudiciales. El principio de asunción de la pena reduce considerablemente el alcance del problema. Dado este principio queda excluida la posibilidad de aplicar una pena a quienes sean inocentes. El individuo a quien se aplica una pena debe haber cometido, con la adecuada actitud subjetiva, una acción que condicione esa pena (*Nino*)<sup>90</sup>.

La pena encarna una especial relación con la coacción en el derecho, la cual el Estado como comunidad jurídica ejerce contra un particular. Un fundamento de la pena debe de este modo explicar, porque el Estado debe exponer al particular de manera racional esta coacción. La coacción de la pena se dirige, de este modo, siempre contra una persona concreta (*Jakobs*)<sup>91</sup>.

La coacción puede entenderse como aquella que impide la realización de un acto o como le uso de la fuerza que se impone a una persona para obligarla a decir o hacer algo contra su voluntad.

Para la RAE<sup>92</sup> coacción es: i) fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo; ii) uso legítimo del derecho para imponer su cumplimiento o prevalecer sobre su infracción. Este último punto es el que entiendo como coacción en esta tesis.

Coacción quiere significar presión autoritaria que una persona ejerce en el medio ambiente o circunstancia de otra. El individuo sobre a quién se le ejerce dicha presión, en evitación de mayores males, se ve forzado a actuar en desacuerdo con un plan coherente propio y a hacerlo al servicio de los fines de un tercero.

Excepto en lo que se refiere a elegir el menor mal, la persona que se halla en esa situación, a la que forzosamente se ha llegado por causa de otro es incapaz de usar su propia inteligencia y conocimiento, sino de perseguir sus propios fines y creencias<sup>93</sup>.

La coacción es un mal porque elimina al individuo como ser pensante que tiene un valor intrínseco y hace de este un mero instrumento en la consecuencia de los fines de

---

<sup>90</sup> Nino. Ob. CitPág. 304/5

<sup>91</sup> Günter Jakobs. Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart. Strafbegründung und positive general prevention.

<sup>92</sup> [www.buscar.rae.es](http://www.buscar.rae.es)

<sup>93</sup> Friedrich A. Hayek. Los fundamentos de la libertad. 8ª ed. Unión editorial. Madrid 2008. Pág. 45

otra. Dice *Hayek*, que la libre acción, en virtud de la cual una persona persigue sus propios objetivos utilizándolos medios que le indica su personal conocimiento, tiene que basarse en datos que nunca puedan moldearse a la voluntad de otro. Presupone la existencia de una esfera conocida, cuyas circunstancias no pueden ser conformadas por otra persona hasta el punto de dejar a uno tan solo que la elección prescripta por aquella<sup>94</sup>.

Aquí es donde nace la idea de un Estado al que se le confiere el monopolio de la coacción, así como un juego en el que también hay que limitar el poder estatal a los fines que sean necesarios ejercerla, y al mismo tiempo impidiendo que esta la ejerzan las personas privadas.

Esto es posible porque el Estado protege las esferas privadas en las que actúan los individuos contra la intervención de otros y delimita dichas esferas privadas. Dándole al individuo las condiciones para que este pueda determinar su propio campo de acción, apoyándose en las reglas claras que le indican cual será la actuación del gobernante ante diferentes situaciones que se susciten.

La coacción que el poder público debe utilizar para dicho fin se reduce al mínimo y resulta tan inocua como sea posible mediante la subordinación a la normas generales conocidas, de forma que en la mayoría de los casos el individuo no necesita ser objeto de coacción a menos por sí mismo se coloque en un situación como son secuencia de la cual dicho individuo sabe que tal coacción tiene que ocurrir<sup>95</sup>.

Asimismo cuando la coacción de la autoridad se convierte en datos sobre los que el individuo puede basar sus propios planes. La coacción, de acuerdo con reglas conocidas, y que generalmente es el resultado de circunstancias ante las que la persona objeto de aquella se ha colocado por sí misma, se convierte entonces en un instrumento que asiste a los individuos por igual en la persecución de sus propios fines y no en un medio utilizable para los fines de otros.

La coacción tiene lugar cuando las acciones de un hombre están encaminadas a servir la voluntad de otro, cuando las acciones del agente no tienden al cumplimiento de sus fines, sino al de los de otro. Esto no quiere decir que el que sufre coacción se vea

---

<sup>94</sup>Hayek. Ob. Cit.Pág. 45

<sup>95</sup>Hayek. Ob. Cit.Pág. 46

privado de la facultad de elegir. Si le faltara dicha facultad no cabría hablar de su acción (*Hayek*)<sup>96</sup>. Como veremos a lo largo de este capítulo, lo que nos dice el autor, es que quien comete un delito lo comete con la libertad de saber que ese acto tiene una consecuencia y esa consecuencia es la coacción, pero tuvo la libertad de elegir el quebrantamiento de la norma.

De esta forma la coacción implica que tengo la facultad de elegir, pero que mi mente se ha convertido en una herramienta de otra persona hasta el extremo que las alternativas que se presentan a mi voluntad han sido manipuladas de tal forma que la conducta que mi tirano quiere que elija se convierte para mí en la menos penosa. No obstante la coacción, soy yo quien decide cuál de las opciones que se presentan a mi elección es la menos mala.

La coacción implica tanto la amenaza de producir daño como la intención de provocar de ese modo en otros una cierta conducta. Aunque el que sufre la coacción tiene la capacidad de elección, el que la ejerce ha combinado las opciones que se presentaban a la voluntad del otro de tal modo que el primero hará lo que el segundo quiera. El que sufre la coacción no está privado, simplemente de utilizar facultades, pero sí de la posibilidad de emplear sus conocimientos al servicio de sus propios fines.

Así quien sufre la coacción hará lo que más le convenga en un momento dado, para entender plenamente sus acciones será preciso referirse a los propósitos de otra persona. Entonces encontramos dos tipos de coacción la que utiliza de forma ilegal una persona sobre otra y la que ejerce el poder del estado mediante la pena. Del mismo modo, mediante el principio de igualdad ante la ley, se frena y somete a límites jurídicos el poder coactivo del Estado.

Ahora bien en la sociedad moderna, el requisito esencial para la protección del individuo contra la coacción no consiste en la posesión de bienes, sino en que los medios naturales que le permiten proseguir cualquier plan de acción no se hallen todos bajo el control exclusivo de cualquier otro agente. Uno de los logros de la sociedad moderna estriba en que la libertad puede disfrutarla una persona que no posea practicante ninguna propiedad salvo los efectos personales, tales como la ropa, y que

---

<sup>96</sup>Hayek, Ob. Cit. Pág. 177

podamos dejar en manos de los demás el cuidado de gran parte del patrimonio que sirve para satisfacer nuestras necesidades. Lo importante es que la propiedad este lo suficientemente repartida para que el individuo no dependa de personas determinadas y evitar que únicamente tales personas proporcionen lo que necesita o que solo ellas le puedan dar ocupación<sup>97</sup>.

Hasta el momento podemos asegurar que las normas generales minimizan la coacción, esto se debe a que se conoce que está permitido y que no (publicidad de la norma), la amenaza de la coacción tiene un efecto muy distinto de lo que es la coacción en concreto, si solo se refiere a circunstancias o hechos conocidos que se pueden evitar mediante el objeto potencial de la coacción, en esta circunstancia la coacción funciona como la amenaza de la que le ocurriría por el hecho delictivo.

En general la mayoría de las reglas que hay en la sociedad, no obligan a los individuos a realizar acciones específicas, si les exigen que cumplan con lo que se obligaron. En palabras de *Hayek*, las sanciones de la ley solamente se encaminan a impedir que una persona haga ciertas cosas o a que cumpla obligaciones contraídas antes voluntariamente<sup>98</sup>.

Hasta el momento tenemos lo siguiente, mientras que la coacción no tenga un alcance personal, sino que estén estructuradas de tal forma que se apliquen a todos por igual ante hechos o circunstancias similares, la coacción que logra la norma es aceptada. Así las cosas las leyes dicen lo que sucederá si se realiza una conducta tipificada, de esta forma quien delinque sabe lo que está haciendo y, que ese hecho es la negación del derecho, y la negación al derecho es la ruptura del contrato social, y esto lleva a la ruptura de la cooperación social que es la que genera el capital social del que habla *Fukuyama*. La coacción debe caer sobre quien comete el hecho ilícito, la coacción es una sanción que ejerce el sistema penal sobre quien niega el derecho.

La coacción es, en última instancia, una cuestión de proporción y que la coacción que el Estado debe tanto prevenir cómo utilizar en plan de amenaza, en bien de la libertad, es

---

<sup>97</sup>Hayek. Ob. CitPág. 187

<sup>98</sup>Hayek, Ob. CitPág. 188

solamente coacción en su forma más rigurosa, cuyo empleo, como tal amenaza, puede impedir que una persona normal prosiga un objetivo que le es importante (*Hayek*)<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup>Hayek, Ob. CitPág. 193.

## *Capítulo. VII*

### *Análisis Económico de la Norma y su Fundamentación*

Este capítulo tiene como fin encontrar la explicación a la necesidad de la norma, partiendo de la idea que por medio de esta bajan los costos de transacción y fomenta la cooperación entre los sujetos dentro de un sistema, más aun hoy en día que vivimos en un mundo globalizado, entonces si se produce una transacción entre países es la norma la que garantizara que pueda tener una derecho a reclamar, en otras palabras es por medio de esta que se busca garantizar la autonomía de la voluntad de las personas.

La pena como tecnología de la motivación, permitirá que los costos de transacción bajen, manteniendo la cooperación social y la voluntad individual. Entonces se puede apreciar que la teoría de la pena desde la motivación de la conducta tiene una aplicación *ex antes*, ya sea a los fines de motivar un negocio al bajar los costos (ejemplo que no se realice una estafa, de esta forma es preferible el negocio del cual obtendrá mayor rentabilidad que si busca el delito).

Una vez definido este capítulo, se podrá realizar un análisis económico de la pena y su intención, pero antes es necesario definir cuál es el sentido de la norma y porque los individuos deciden tener una normativa que regule la vida diaria.

Podría decirse además que, a diferencia de los contratos, el consentimiento implica en la comisión de un delito no es parte de una cuerdo bilateral sino que es solamente una manifestación unilateral de voluntad. Las leyes son las condiciones con que los hombres decidieron vivir en armonía y orden, sin ceder ningún tipo de libertad, solo con el fin de regular las relaciones entre todos los individuos, y que mediante los fines personales, no vulneren las libertades de los pares.

En esta idea de la norma, ella solo tiene como fin, intervenir al momento que choquen dos libertades, es ahí cuando la norma aparece con su coacción, de lo contrario la norma no busca limitar ninguna voluntad.

Antes que dos libertades externalizadas choquen una con otra, es que la norma permite que los sujetos realicen una interpretación de los costos y beneficios que obtendrían de su conducta y, una vez obtenido dicho calculo, podrán definir libremente su conducta y sus consecuencias.

El derecho no debe endosar ideales de excelencia humana, discriminando a la gente por su virtud o valor moral o por la calidad de su modo de vida; el derecho debe tratar por igual al moralmente puro y al depravado, juzgándolos solo por el valor de sus acciones, ya que esto es fundamental para el tratamiento de los elementos subjetivos de la responsabilidad penal. (*Nino*)<sup>100</sup>

Las reglas encuentran su razón en la aspiración jamás alcanzada por las gentes de vivir juntos y en paz y armonía sin el recurso continuo de la guerra hobbesiana de todos contra todos. (*Buchanan*)<sup>101</sup> Esta frase nos permite preguntarnos ¿por qué la necesidad de la ley y como se mantiene un ordenamiento social?, esto es el porqué de la necesidad de la norma. De acá que las limitaciones en que cada persona está autorizada a ordenar su conducta hacia los demás y, a que fines la orienta.

Recordemos que la innovación final fue la transformación de la incertidumbre en riesgo. Por incertidumbre entiéndase aquí una situación donde no se puede determinar la probabilidad de una hecho y en que, por consiguiente, no es posible halla una vía y asegurarse contra tal ocurrencia. Por otra parte, el riesgo entraña la habilidad de un hecho y consiguientemente asegurarse contra tal situación (*North*)<sup>102</sup>.

Una de las cosa más importante en la norma es su publicidad y que se mantenga en el tiempo, una apropiada estructura de reglas, permite una mayor eficiencia en las conductas y acciones que toman los individuos, esto también es importante a la ahora de imputar el quebrantamiento de una norma. La publicidad y el conocimiento sobre la misma es la que permite hacer las imputaciones correspondiente a la violación de una norma, si el sujeto no tiene conocimiento de la misma porque esta se modifica periódicamente sería imposible imputarle que su conducta es contraria al ordenamiento vigente. Más aun tomando en cuenta que cada individuo tratara de sacar el mayor provecho para su bienestar personal.

La necesidad de la norma entonces aparece como un comportamiento maximizador de la utilidad, sin la norma se perdería esta maximización de la utilidad, siendo ineficiente la relación o intercambio entre las personas. Podemos decir entonces que la norma surge

---

<sup>100</sup>Nino. Ob. CitPág. 287

<sup>101</sup> James M. Buchanan, Geoffrey Brennan. La razón de las normas. Economía política constitucional. Pág. 33. Edit.Unión. Madrid, 1987.

<sup>102</sup>North.Ob. CitPág. 162

de la necesidad de los privados por maximizar sus conductas o interrelación entre ellos del día a día.

A los fines de exponer estos dichos usare el ejemplo más común, el de las reglas de tránsito, las señales de tránsito permite predecir cuál será el comportamiento que efectuara la otra persona en su conducción vehicular. En este caso tenemos información perfecta de la normativa vigente ya que es siempre la misma desde hace años, esto permite que todos las conozcan.

Si en la conducción diaria no existiera una información perfecta, generaría que si un conductor que se encuentra manejando por la derecha (independientemente de los que haga cada uno) y se encuentra que de frente viene otro vehículo ninguno de los dos sabría cómo reaccionara el otro.

Para explicar la necesidad de la norma utilizare, para ello arma una matriz describe un juego que es básicamente de coordinación, porque la ganancia más importante queda asegurada por la adopción de la regla, cualquier regla (derecha o izquierda) y su violación ofrece pocas ventajas relativas a los jugadores. Como muestra la matriz, sin embargo, eludirlas presenta ciertas ganancias, y de ahí el problema de hacer cumplir las reglas (*Buchanan*)<sup>103</sup>.

ACCION DE B

	Seguir la regla adoptada Conducir x la izquierda o la derecha	Decisión individual
ACCION DE A	Seguir la regla adoptada	I II
	Conducir x la derecha o izquierda	10,10 5,11
	Decisión individual	III IV 11,5 -10,-10

Si observamos la matriz, uno de los dos participantes sabe que le otro cumplirá siempre con la norma, el que la incumpla sacara un rédito mayor. Esto es si A, sabe que B siempre cumple la regla y conduce por el carril correspondiente, ocasionalmente A sabe que puede quebrantar la norma y sacara una ventaja de ello.

<sup>103</sup>Buchanan.Ob. Cit Pág. 45/47

Si continuamos con esta idea de la información perfecta de la norma, y lo pensamos con este diagrama simple del dilema de cooperación, nos encontramos con que cualquier cambio de las normas destruye la información. Si la regla en este caso de tránsito, es la de conducción por la derecha, y cada día la vamos cambiando esto lleva a que no exista regla alguna, generando una asimetría de la información, volviendo ineficiente la norma, recordemos que todo cambio lleva un costo de transacción.

El problema de la norma como ya vimos es que en todo juego, encontramos que hay jugadas que serán más beneficiosas, o tendrán mayor ganancia al no cooperar, y jugará la individual.

Pero en esto punto tendrá más ganancia siempre que sepa que el otro va a jugar a cooperar, si el otro jugador no coopera, entran en un caos vehicular que llegarán los dos tarde a donde deban ir, entonces en un juego de mil jugadas le convendrá cooperar a los dos y, de este modo seguir las normas del tránsito.

Esta idea de la cooperación, también la podemos encontrar en *Smith*, cuando habla de la división del trabajo, y que esta genera beneficios mutuos derivados de la cooperación. Esta división lleva a que cada individuo dependa de su capacidad de crear pero también del de sus vecinos, esto hace que esta serie de actos conlleve a enormes ventajas en la cooperación proporcionando nuevos actos.

Se trató la importancia de la norma y su cumplimiento, así como lo fundamental de la cooperación, ahora bien habría que tratar los cambios en la norma, para que se produzca un cambio también tiene que generarse en un ámbito de cooperación y acuerdo sobre la modificación de la regla a seguir.

Para continuar con este tema utilizare un ejemplo muy común en la literatura económica, es un caso simple de transacción, en este caso A tiene manzanas y B tiene naranjas, pero los dos bienes entran en las funciones de utilidad o de preferencia de ambos propietarios y no hay suficiente cantidad para satisfacer a ambos. En este caso el intercambio puede beneficiar a ambas partes.

En este caso A va a cambiar manzanas por naranjas y B a la inversa, los dos están de acuerdo en hacer el intercambio, mientras tenga la necesidad o las relaciones de internas de intercambio entre los dos bienes difieran. Cuando el intercambio termine, en el equilibrio, la relación interna de intercambio entre las naranjas y manzanas para A será

igual que para B y será igual también a las condiciones finales bajo las que fueron intercambiados los bienes.

De este nuevo derecho que surge, hay reglas claras y cada uno busca un derecho que maximiza su valor, de esta forma no derivan valores del acuerdo, sino que son los valores los elementos que conducen al acuerdo.

Ahora bien, del ejemplo esbozado anteriormente, se desprende que hay un acuerdo entre dos individuos, de ese acuerdo surge un mejor derecho, hasta acá es todo muy sencillo, pero el tema se complica cuando esas transacciones se multiplican por miles, en este caso si no hay una regla clara, los costos de transacción serían muy altos, desde que cada uno pondrá las reglas de juego que prefiera, incluso si se arrepiente de la transacción tomará lo que intercambia y se lo llevara todo. Esto ocurre cuando un individuo utiliza para sus propios fines a la otra persona cosificándola, la norma como sanción estará diciendo, no puede utilizar a una persona como una cosa ya que de esta forma la está rebajando a una categoría de cosa y, eso es inaceptable por ello la sanción viene a refrendar a la persona como sujeto autónomo, al mismo tiempo la sanción ratifica al delincuente como sujeto autónomo ya que si no lo sancionara lo estaría rebajando a una cosa, no se le permitiría ni siquiera ser sancionado como a cualquier sujeto autónomo.

Ahora bien con las reglas claras y conocidas, el individuo antes de utilizar a otro para sus fines cosificándolo y abusando de su autonomía de la libertad, vea que beneficios encuentra restándole los costos de que le impongan una pena.

La norma busca bajar los menos costos posibles y obtener la mayor ganancia, mediante reglas claras del juego social, establecidas las normas desde un primer momento, se reducen los costos sociales. Esto sin que cada jugador deba limitar su propia libertad o autonomía en la explotación de la propiedad y la persona de otros. Esto es que todo acuerdo está sostenido por reglas las cuales hacen que todos en la sociedad conozcan la misma información perfecta a la hora de actuar.

Modificar las reglas requiere un costo de transacción, y quien es el encargado de modificarlas, debería implicar evaluar que la actual norma genera un costo innecesario y su modificación implicaría una forma de bajar los costos obtener un mayor beneficio, quizás porque la norma primera quedó desfasada.

Hasta qué punto el Estado está en condiciones de modificar la norma, ¿por mayoría del congreso?, ¿y si esa norma tiene el repudio generalizado? Estaría violando el origen legítimo del contrato?. Buchanan, pone un ejemplo, basado en un partido de tenis, “si la federación mundial de tenis no hubiera anunciado el cambio de reglas con anticipación y el árbitro simplemente hubiera recibido un telegrama notificándoselo, ni A ni B estarían obligados a cumplir la regla nueva en virtud de un acuerdo implícito directo. Pero si los actos de la federación eran conformes al procedimiento, es decir, conformes a la meta reglas, entonces el cambio de la regla no supone una violación de la justicia. Las meta reglas, entonces en vigor habrían sido fielmente aplicables. El tema aquí es que debe considerarse que A y B aceptan tácitamente no solo las reglas del juego, sino también las meta-reglas, o lo que es lo mismo, una secuencia completa de reglas de varios grados o niveles de abstracción.<sup>104</sup>”

A mi forma de ver solo aceptaría esta modificación contractual siempre que sea para bajar los costos de transacción, entendido como una mejora del derecho primario manteniendo el espíritu de esa norma creadora, y resulta inadmisibles cuando se trate de un simple capricho político. En este segundo caso, el gobierno estaría asumiendo el papel de redefinir los derechos individuales, y viola los orígenes de legitimidad contractual. En palabras más conocidas, sería que la modificación debe mantener el espíritu de la misma norma.

Ahora bien las “reglas útiles de supervivencia” de las que se habla, no son otra cosa que las reglas que surgen de la cooperación entre los individuos, ya que si esta cooperación no existe, es imposible que se termine la guerra, además sería ineficiente la cantidad de recursos que se deberían destinar a proteger los bienes y la vida humana. Así las cosas, cuando los individuos cooperan es por la necesidad o porque pueden maximizar sus beneficios.

Finalmente la firmeza que el Derecho se impone en el ámbito que abarca su función de regulación. La firmeza del Derecho, de sus principios y de sus órdenes en si ya es un valor legal. Sociedades con reglamentaciones poco claras o solamente simbólicas, como las que conocemos de los países del bloque oriental, o sociedades con mercados vacíos de implementación, como todavía en varios países de Latinoamérica, son deficitarias

---

<sup>104</sup>Buchanan.Ob. Cit. Pág. 148

por su falta de firmeza y decepcionan a sus ciudadanos, que no las toman en serio. Tales reglamentaciones causan más daño que beneficios.(Hassemer)<sup>105</sup>

Hago estas palabras mías, para incorporarlas a lo expuesto hasta el momento, si la firmeza del derecho no se impone no hay reglas claras, y si no hay reglas no puede funcionar nada, ni siquiera la economía que necesita del derecho para poner reglas claras y firmes, sin estas no se pueden llevar a cabo negocios, la asimetría de la información que se forja al no tener reglas claras, no se sabe hasta qué punto se puede estirar el derecho o en otras palabras los individuos por maximizar sus beneficios van a estirar la ley todo lo que puedan.

Es el derecho claro el que da un orden social, (no la justicia ya que esta es distinta para cada sujeto) permite que una sociedad funcione, el derecho es el que nos permite que el contrato se cumpla en su totalidad, que se realice la cooperación.

Para que pueda el órgano judicial, modificar el contrato, antes tuvo que haber un contrato original, una aceptación voluntaria de los términos en los cuales intervendrá el estado para resolver los choques de libertades de los sujetos. Es así que cuando una de las partes no se comporta dentro de los términos del acuerdo actúa injustamente y es aquí donde el contrato prevé la solución por medio de un órgano autónomo que es el órgano judicial.

Aplicando la idea de la pena como **Tecnología del Incentivo**, llevara a los individuos a una retroalimentación o eliminación (donde dice eliminación debe entenderse como pena de arresto), busca el incentivar a que se desista de la acción antes de cometer el hecho ilícito, siempre claro esta como se dijo anteriormente, no por medio de la coacción, resocialización, etc, sino por el acto autónomo de libertad racional que realiza el individuo en su cálculo de costo- beneficio.

El aspecto estatal de la pena, de la justificación de la pena no se desprende todavía que el Estado tenga que penar. El estado no está obligado a restablecer la justicia en ámbito general del acontecer, ni siquiera está en situación de hacerlo. Cuando pena, habrá de hacerlo justamente, pero si ha de penar o no, depende de la necesidad de la pena para la existencia del ordenamiento jurídico. El fundamento real de la pena radica en su carácter indispensable para mantener el orden de la comunidad. La realidad de la pena

---

<sup>105</sup>WinfriedHassemer. El Fundamento del Derecho Penal Económico. Pág. 126. Revista de Derecho Penal. Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa –I. 2013-2. Edit. Rubinzal- Culzoni.

estatal es por eso solo relativa, vale decir, únicamente en relación a su necesidad para la integridad el orden de la comunidad (*Welzel*)<sup>106</sup>.El principio de que la pena debe ser un medio racional de proteger a la sociedad contra males mayores, y el principio de asunción de la pena (o sea, el principio de que el destinatario de la pena debe haber consentido a responsabilidad penal emergente).(*Nino*)<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup>Welzel.Ob. Cit Pág. 282

<sup>107</sup>Nino. Ob. CitPág. 269

## *Capítulo VIII*

### *Análisis Económico de la Pena (Costo-Beneficio)*

Este capítulo fue abordado desde el concepto del *Behavioural Economic* y, utilizando este concepto quedara mucho más clara o más grafica la idea de la pena como *motivadora ex antes* de las conductas. Al estar basada la culpabilidad en el conocimiento de la realización de la conducta contraria el derecho, si el individuo hace este análisis (*costo-beneficio*) quiere decir que conocía la norma, que era consciente de la prohibición de su acto. Esa misma idea se aplica en los actos en los cuales previo a realizarlos se le representa la duda si la acción es legal o ilegal, si llega al punto de realizar ese análisis y exteriorizar su gobierno, está diciendo que en algún lugar se representó que su conducta negaba al derecho, así las cosas la duda ya da la pauta que hay un conocimiento.

La pena debe ser un medio racional de proteger a la sociedad contra males mayores, y el principio de “asunción de la pena” (o sea, el principio de que el destinatario de la pena debe haber consentido la responsabilidad penal emergente de acto). (*Nino*)<sup>108</sup>

El individuo que ejecuta un acto voluntario –un delito- sabiendo que la pérdida de la inmunidad jurídica contra la pena es una consecuencia necesaria de su acto, consistente en esta consecuencia normativa, del mismo modo que un contratante consiente una consecuencia normativa que resulte del contrato y una persona que asume un riesgo consiente en perder la acción resarcitoria que de lo contrario tendría. El consentimiento a asumir la sujeción jurídica a sufrir una pena es, como en el caso de contratos y la asunción voluntaria de riesgos, irrevocable, e independiente de la actitud del agente respecto del hecho que se objetó de la caracterización normativa. El individuo puede creer que su punición efectiva es sumamente improbable o puede intentar evadirla; esto es tan irrelevante para su consentimiento como la actitud del jugador que tiene la intención de hacer trampas lo es respecto de su consentimiento a asumir la obligación de pagar la apuesta si pierde<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Nino. Ob. Cit Pág. 269

<sup>109</sup> Nino. Ob. Cit Pág. 233

El consentimiento que es aquí relevante es, por lo tanto, el consentimiento referente a las consecuencias normativas del acto, o sea, en el caso de la pena, el consentimiento a asumir una sujeción jurídica a ella. Este consentimiento está presente cuando la acción es voluntaria y el agente sabe que la consecuencia normativa se sigue necesariamente de tal acción (Nino)<sup>110</sup>

Desde este concepto quien delinque toma decisiones racionales, de la exteriorización de su autonomía de la voluntad, realiza un cálculo de probabilidad, parte de si lo atrapan o no, y en el caso de que lo atrapen si lo condenaran o no. Es así que dentro de la información que maneja un delincuente están: “*los costos, los beneficios y probabilidades asociadas al delito*” a esto sumarle “*la aversión al riesgo*”, de esta forma estoy suponiendo que todo los costos y beneficios que obtiene un delincuente son monetarios.

Tengamos en cuenta el interés de los ladrones. El ladrón tiene un incentivo para ocultar su delito y rehuir la detención, y a veces incluso para sobornar a la policía o la juez. El propio interés del criminal actúa en todas partes para minar la ley. Pero en una economía de mercado con instituciones y políticas económicas buenas hay siempre, del otro lado, víctimas o víctimas potenciales del delito que no solo usan cerraduras y ocultan los objetos valiosos, sino que dan parte de las infracciones, presionan a la policía para que recupere propiedades robadas y testifican en contra de los transgresores<sup>111</sup>.

Se dice que los consumidores actúan como si estuviesen calculando utilidades marginales. De igual modo, se dice que los delincuentes actúan como si estuvieran comparando los beneficios marginales del delito con los castigos esperados (CooterUlen)<sup>112</sup>

Hay un cálculo matemático muy conocido y utilizado en la teoría económica del delito y del castigo, para poder explicar el comportamiento racional de un delincuente:

El castigo más la sanción por un delito cometido  $x$ , que está dado por la función  $m=m(x)$ . La probabilidad de ser castigado por cometer el delito  $x$  está dada por la

---

<sup>110</sup> Nino. Ob. CitPág. 234

<sup>111</sup> Olson. Ob. CitPág. 124/25

<sup>112</sup> Cooter&Ulen. Ob. Cit. Pág. 559.

función  $p=p(x)$ . Así las cosas, el castigo esperado es igual al producto del monto del castigo y su probabilidad,  $p(x)m(x)$ .

Siguiendo con este razonamiento, el delincuente que es racional va a elegir la gravedad del delito  $x$  que maximice su ganancia, que sería  $y(x)$  menos el castigo que podría recibir si lo atrapan. De esta manera la formula queda de la siguiente forma:

$$\max y(x) - p(x)m(x) \text{ donde } y = y(x)$$

El delincuente lo que busca, es maximizar los beneficios de su crimen, desviando una cantidad de dinero hasta el punto en que el beneficio marginal de una cantidad adicional desviada sea igual al castigo esperado.

Con esta idea, podemos medir que ocurriría si el delito es más grave, ya que este lleva a un esfuerzo mayor, así como conlleva a un esfuerzo mayor por parte del Estado para perseguirlo, esto lo que genera es que la probabilidad del castigo aumente con la gravedad del delito.

Esto muestra que se pueden utilizar dichas ecuaciones para predecir o saber de antemano como podría llegar a comportarse un delincuente, tomando en cuenta que ya sabemos cómo se comportara según los cambios en el costo beneficio marginales. Una inversión de más esfuerzo en la aplicación del derechos penal puede aumentar la probabilidad marginal,  $p'$ , de castigar al delincuente. De igual modo, una inversión de más esfuerzo en el castigo de los delincuentes, como mejorar el sistema de recaudación de multas, puede aumentar la severidad marginal  $m'$ . De acuerdo con la ecuación precedente, un aumento de  $p'$  o de  $m'$  disminuirá la gravedad de la oferta cometida por el delincuente racional<sup>113</sup>.

*Cooter&Ulen*, elaboran una teoría para predecir el comportamiento criminal, explicando primeramente como una persona racional, amoral, podría optar entre cometer un delito o no hacerlo. Entendiendo que persona racional amoral, es aquella que cuidadosamente determina los medios para alcanzar fines ilegales sin ninguna restricción por la culpa o la moral internalizada.

---

<sup>113</sup>Cooter&Ulen. Ob. Cit Pág. 557

El castigo de los delincuentes es probabilístico. Es posible que el delincuente no sea descubierto o aprehendido, o que sea aprehendido pero no condenado. Una persona que toma decisiones racionales toma en cuenta la probabilidad del castigo cuando considera cometer cualquier delito, incluido el abuso de confianza. Podemos decir que el abusador racional calcula un valor esperado del delito descontando la cantidad que espera ganar descontando la cantidad que espera ganar por la incertidumbre del castigo<sup>114</sup>.

El delincuente maximiza los beneficios netos de su crimen desviando una cantidad de dinero hasta el punto en que el beneficio marginal de una cantidad adicional desviada sea igual al castigo esperado marginal.

El castigo marginal esperado por el desvío de un peso adicional tiene dos componentes: el cambio de la probabilidad del castigo,  $p'$ , multiplicado por el nivel de la multa; y el cambio de la severidad del castigo,  $m'$ , multiplicado por el nivel de probabilidad del castigo<sup>115</sup>. ( $y'$  (beneficio marginal del delincuente) =  $p'm + pm'$  (costo del castigo marginal esperado por el delincuente).

Los delitos más graves atraen un esfuerzo de ejecución mayor por parte de las autoridades, de modo que, por lo general, la probabilidad del castigo aumente con la gravedad del delito.

De lo dicho hasta el momento se parte de la base que los consumidores actúan como si estuvieran calculando utilidades marginales. Asimismo se dice que los delincuentes actúan como si estuvieran comparando beneficios marginales del delito con los castigos posibles.

En el caso de los delitos premeditados, el modelo económico puede corresponder al proceso de razonamiento efectivo del delincuente. En el caso de los delitos espontáneos, donde no hay deliberación, el modelo puede entenderse todavía como una explicación del comportamiento del delincuente. En el caso de los delincuentes espontáneos, es posible que los delincuentes no razonen efectivamente como en el modelo económico,

---

<sup>114</sup>Cooter&Ulen. Ob. CitPág. 554

<sup>115</sup>Cooter&Ulen. Ob. CitPág. 557

pero pueden actuar como si lo hubieran hecho. Al decir que los delincuentes actúan como si hubiesen deliberado, queremos decir que, cuando se les presenta la oportunidad de cometer delitos, los delincuentes responden inmediatamente ante los beneficios y los riesgos como si los hubiesen ponderado<sup>116</sup>.

Puedo decir, que el beneficio marginal del delincuente cae o disminuye cuando son menos las oportunidades de que pueda cometer un ilícito. Esto es se reduce la ganancia o beneficio marginal, reduciendo la gravedad del delito cometido. En otras palabras dependerá del derecho penal, así como de las políticas criminales la disminución del delito. Por ellos la elección de la teoría de la pena que se utilice y como se lleve a cabo, es la que generara hasta qué punto el beneficio marginal se convierta en un costo marginal decreciente, estos será uno de los puntos finales en la conclusión de esta tesis.

En otras palabras, el delincuente toma la opción de secuestrar a una persona, pero no le conviene devolver viva a la víctima ya que de todos modos ira a la cárcel si lo agarran y devolver viva implica un costo mayor en el proceso de escapar, sumándole más probabilidades que luego lo capturen. En este caso extremo lo que podemos ver es que al acortar el costo marginal, obliga al delincuente a pasar a un delito más gravoso. Esto me permite hacer la observación que los juristas sin hacer una referencia específica sobre la economía en sus teorías, la aplican inconscientemente, ya que en todo momento hacemos una relación de costos-beneficios, pero al tenerla tan incorporada a veces no nos damos cuenta de ellos.

Desde esta propuesta lo que genera la pena es restringir una profesión elevando los costos y bajando los beneficios. Y eso lleva a quien delinque a elegir delitos, cuales va a llevar a cabo tomando en cuenta lo siguiente: primero cual es la probabilidad de que lo atrapen, que lo atrapen pero que no sea condenado, si se toman decisiones racionales se toma en cuenta la probabilidad del castigo. Es así que el delincuente toma en consideración el valor esperado del delito, restando la cantidad que espera tener como rédito por la incertidumbre del castigo.

La cárcel es la última instancia de una condena, que se le puede aplicar a quien delinque, y esta tiene como fin sacar al mismo de su negocio, entendiendo la labor del delincuente como un trabajo, el tiempo que tenga que cumplir como pena es el tiempo

---

<sup>116</sup>Cooter&Ulen. Ob. CitPág. 560.

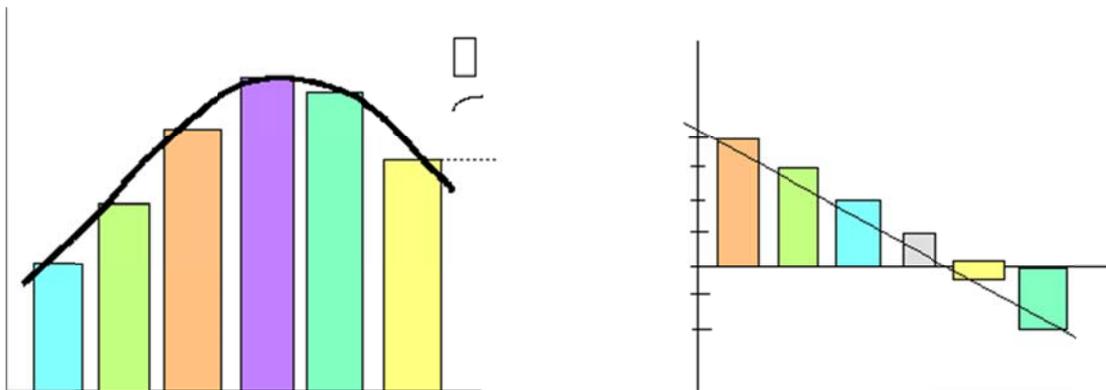
que no podrá trabajar. Esto lo que hace es que pierda su trabajo, y cuando sale de la cárcel tener que comenzar de cero. La prisión tiene la ventaja, además, de que excluye de la oferta del delito a personas peligrosas y puede ser justificable cuando la probabilidad y la magnitud del daño son significativas. Estos elementos podrán explicar la realidad del uso tan extensivo de la pena de prisión para delitos graves.<sup>117</sup>

A mí entender la cárcel tiene como fin, sacar del negocio al delincuente, sería como clausurarle el local por un tiempo X. En cuanto a los beneficios sociales de tener delincuentes excluidos de la oferta del delito, su impacto depende al menos de dos condiciones. La primera es que la oferta de delitos no sea demasiado elástica. En otros términos, que las personas que cometen delitos y son apresadas no sean reemplazadas rápidamente en sus posiciones. Segundo, es fundamental que el encarcelamiento reduzca la cantidad de delitos totales y no el tiempo en el cual estos se cometen, es decir, que tenga efecto positivo en la tasa de reincidencia.<sup>118</sup>

El sistema penal busca poner diferente sanciones, hasta llegar a la mayor de ellas, de esta forma va aumentando los costos de quien delinque con cada acto que cometa contra el derecho.

El fin de la pena es entonces, entender a quién delinque como ejerciendo su profesión, buscando generar un conflicto económico, por romper un pacto social, y la defensa del mismo esta puesta en el derecho.

Como se puede observar en el gráfico con esta teoría la Utilidad que puede dar el delito comienza a decrecer, deja de tener una ganancia el delito para representar una pérdida, debido a los costos que le genera la pena impuesta.



<sup>117</sup>Stordeur.Ob. CitPág. 366

<sup>118</sup>Stordeur.Ob. CitPág. 363

La pena busca asegurar el derecho elegido por la sociedad, así planteado quien delinque niega al derecho, y si niega al derecho, niega el acuerdo social al que se llegó por un costo beneficio en el cual los miembros de una sociedad, porque el costo que tendrían si cada uno se defiende individualmente sería muy alto y por estar defendiéndose de las posibles amenazas no podría utilizar su tiempo en otras cosas más productivas o que le generen más satisfacciones. Por tal motivo se acepta que el Estado se encargue de la tarea de sancionar a quien rompe la cooperación social.

La tipificación de delitos en su mayoría, es sancionatoria de acciones que van contra la propiedad, entendida la vida como propiedad de las personas libres y autónomas, contra quienes rompen la cooperación social que garantiza el derecho.

Si el derecho penal protege bienes jurídicos, sería lógico pensar que la intimidación es útil ya que frenaría a los miembros de la sociedad y además tendería a la educación del autor, siempre con la esperanza que se ha repetido desde que el hombre es hombre de evitar la repetición de los hechos delictivos<sup>119</sup>. No veo como dice esta frase, en la pena una educación y siguiendo con la idea de que el delincuente delinque por profesión, lo único que ara la pena es aumentar o mantener los costos del trabajo que eligió. Ya que como sostiene *Hayek*, el portador del poder coercitivo se limite en general a crear las condiciones bajo las cuales el conocimiento y la iniciativa de los individuos encuentren el mejor campo para que ellos puedan componer de la manera más afortunada sus planes<sup>120</sup>.

Si pensamos que la intimidación es útil se está utilizando a una persona como ejemplo para los demás, y eso sería que el sujeto pasa a ser una cosa y no un individuo autónomo. Por ello esta tesis sostiene que la pena es una motivación *ex antes* y luego aparece una condena al hecho ilícito cometido pero sin buscar un fin en sí mismo.

La idea de *Cooter&Ulen* sobre el delincuente profesional, esta puesta desde la visión de que no todos los individuos delinquen, pero que algunos hacen del delito una profesión.

Aparentemente, estos delincuentes de carrera creen que los beneficios del delito superan a los castigos esperados. A fin de constatar estas preguntas, *James Q. Wilson* y *Allan Abrahamse* (en "*Does Crime Pay?, Criminal Justice Quarterly, vol 9, 1952, p 359*) compararon las ganancias del delito y las del trabajo legítimo para un grupo de

<sup>119</sup> Donna. Ob. Cit. Pág. 324.

<sup>120</sup> Friedrich A. Hayek. Camino de Servidumbre. Pág.124. Edit. Unión, Madrid. 2008. Obras Completas Volumen II.

delincuentes de carrera en las prisiones estatales de tres estados. *Wilson y Abrahamse* dividieron a los prisioneros en dos grupos: delincuentes de tasa media y de tasa alta. Dos tercios de los prisioneros tenían empleos razonablemente estables cuando no estaban en prisión y, en promedio, los prisioneros creían que habían ganado 5.78 dólares por hora en esos empleos legítimos. *Wilson y Abrahamse* descubrieron que, para los delincuentes de tasa media, el trabajo paga mejor que el delito en todos los tipos de delito fuera del robo de automóviles. Pero en el caso de los delincuentes de tasa alta, el delito pagaba mejor que el trabajo legítimo para todos los delitos fuera del robo en casas habitadas. Estas cifras se refieren al ingreso proveniente del delito, pero no al costo principal del delito para estos delincuentes: el tiempo que pasan en prisión. Cuando los autores incluyeron estos costos, el ingreso neto proveniente del crimen cayó por debajo del ingreso proveniente del trabajo legítimo para los delincuentes de tasa media y de tasa alta por igual<sup>121</sup>.

La conclusión a la que arriba *Wilson y Abrahamse*, es que los delincuentes de carrera están dispuestos a sobre valorar los beneficios del delito y subvaluar sus costos, ya que son desordenadamente impulsivos u orientados hacia el presente. En términos económicos estos individuos descuentan los castigos, por su carácter incierto y futuro, en mayor medida que otras personas.

Dice *Olson*, que está claro que no entender el robo ni como un intercambio voluntario ni como un acto moral, lo que nos permite centrarnos solo en el uso interesado del poder de coercitivo. En igualdad de circunstancias, a un ladrón le va mejor en una sociedad rica que en una pobre: hay más cosas que robar. El robo también hace a las sociedades menos prosperas de lo que podrían ser. El tiempo dedicado al robo no produce nada, pero reduce las recompensas del trabajo productivo y la inversión e induce una desviación de los recursos: de la producción a los guardianes, cerraduras, policías, prisiones, sistemas de control de inventario, y así sucesivamente. De este modo, cada delito cometido por un criminal reduce la riqueza de la sociedad y por tanto la cantidad disponible para robar. Solo el castigo que la sociedad infringe a los criminales impide que el criminal compense, y no siempre es suficiente imponer un castigo. Aunque para todo delincuente hay en juego una participación en la prosperidad de la sociedad, esta es tan minúscula que la ignora: normalmente se lleva todo lo que pueda haber en una cartera. Los mismos intereses egoístas que hizo robar al ladrón conducen a

---

<sup>121</sup>Cooter&Ulen. Ob. CitPág. 591

resultados espectacularmente distintos cuando existe un intercambio voluntario en el mercado<sup>122</sup>.

En esta tesis se poya en la idea de que, cuando penamos a los que han cometidos delitos, los tratamos como personas, respetando su autonomía moral, y no como cosas que puedan ser manipuladas. A mí me gustaría poner las cosas al revés: a menos que respetemos la autonomía moral de la gente, haciendo depender su responsabilidad penal de su libre y consciente aceptación de ella, toda carga impuesta a los autores de delitos, aunque se lo haga a título de tratamiento, será injusta si no va acompañada de benéficos compensatorios. Esos gravámenes constituirían exacciones gratuitas impuestas en beneficio exclusivo de otros y vendría a ser merecedoras de la condenación que formula Kant contra prácticas que tratan a los hombres exclusivamente como medios y no como fines en sí mismo. (*Nino*)<sup>123</sup>

#### A) La Prisión

El tema de prisión es entretenido desde la discusión que postula si es tan útil como se dice, esto dependerá solo de cuál sea la postura que se adopte. *Cooter y Ulen* nos darán una versión, distinta a la quedará *Posner*, ya que los primeros hacen una relación económica hasta qué punto si puede ser conveniente y hasta qué punto no lo es.

La pena privativa de libertad está hoy en el centro de los sistemas de todos los Estados. La moderna pena privativa de libertad no tiene una relación estrecha con la del Derecho Romano o medieval (incluida la ccc), ya que estas, sea como variedad de la pena corporal o de la pena de muerte aplicada lentamente, solo abarcan la tortura o destrucción física, pero no resocialización del preso para su reintegración a la comunidad. (*Welzel*)<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup>MancurOlson. Ob. Cit.Pág.3,4 y 5.

<sup>123</sup>Nino. Ob. CitPág. 248

<sup>124</sup>Welzel. Ob. CitPag. 291. A fines del siglo XVI se morigeraron progresivamente las penas corporales y perpetuas, consideradas demasiado duras, reemplazándolas por penas de prisión judicial con ayuda del Derecho de Gracia. Esta tendencia, de reemplazo de penas corporales por penas de prisión, solo recién vino a ganar fuerza al establecer en los años 1595-1597 en los presidios de Ámsterdam, establecimientos en los que la pena privativa de libertad pretendía consistentemente rehabilitar al autor por medio de educación para el trabajo. Los dos establecimientos de Ámsterdam fueron un valioso ejemplo para numerosos otros (Bremen, Lubeck, Hamburgo, Kassel, Danzing, 1609-1627). Pero en el siglo XVII decayó la mayoría de estos presidios por la explotación mercantilista, a consecuencia del aprovechamiento desconsiderado del trabajo de los presos por empresarios particulares. Solo en pocos establecimientos se mantuvo la idea de la rehabilitación social (...) A fines del siglo XVIII se inició un intenso movimiento de reforma de las prisiones. El movimiento partió del filántropo inglés John Howard (1790); los primeros resultados prácticos de consideración se dieron en EEUU. En Pensilvania, el espíritu de los cuáqueros condujo, después de un primer ensayo malogrado con la Penitenciaría de Filadelfia (1790), al

*Posner*, a quien sigo en su idea de la prisión, encuentra en ella fórmula para sacar a quien delinque de su profesión por un tiempo X, esto es dejarlo sin trabajo, o como digo yo clausurarle el negocio, esto lo que hará es generarle pérdidas, mientras que se encuentre privado de la libertad. “La prisión impone costos pecuniarios al infractor, al reducir su ingreso durante el periodo de confinamiento, además de los obvios costos no pecuniarios. Dado que las multas y la prisión son simplemente maneras diferentes de imponer desutilidad a los infractores, la Suprema Corte se equivoca cuando considera que una sentencia que impone una multa pero provee el encarcelamiento si el demandado no puede o no quiere pagar la multa es discriminatoria contra los pobres. Puede encontrarse una tasa de cambio que iguale, para un individuo dado, un numero de dólares con un número de días en la cárcel.”<sup>125</sup> Es clara la idea de esta tesis en que la privación de la libertad no tiene como fin la resocialización, ni la educación, solo tiene como fin sancionar a quien cometió un delito y, esta sanción aumentara los costos del sujeto, pero recién si el individuo decide volver a cometer un ilícito.

---

establecimiento de la famosa Eastern Penitentiary (1825), de construcción de forma de estrella, en la cual se pretendía una conversación del preso mediante el permanente encierro individual. En contra del criterio del encierro individual permanente surgió en Anburn, New York (1823), la combinación del encierro individual durante la noche con el trabajo en común durante el día, con prohibición de hablar so pena de latigazos. Inglaterra adopto en principio el sistema pensilvanico en su establecimiento modelo, Petonville, 1842, convirtiéndolo en un sistema progresivo que llevaba al preso gradualmente hacia la libertad. Comenzaba con un periodo de permanente celda solidaria para, después de una etapa de trabajo en común, llegar a la libertad provisional. En Alemania los vigorosos movimientos de reforma alrededor de 1800 (Wagnitz y v Armin) no tuvieron éxito a causa de las guerras napoleónicas. Al resurgir los movimientos de reforma en 1820 se produjo una fuerte lucha en torno al sistema de encierro (individual o común), en el cual el sistema de encierro, a pesar de los dos establecimientos hechos conforme al modelo de Petonville, en Bruchsal (1848) y Moabit (1849), y a pesar de ciertos comienzos legislativos en su favor, no pudo obtener un triunfo decisivo (...). En la escuela sociológica de Franz von Liszt se propició más intensamente el movimiento de reforma de las prisiones mediante un cambio radical en la configuración de la ejecución de la pena y por el desplazamiento a un segundo plano la idea de retribución. Sobre la base de la idea de educación dentro del marco de una ejecución gradual de la pena, el preso debía, de acuerdo a su comportamiento, llegar a merecer la morigeración escalonada de la coacción penal (sistema progresivo). El tipo de encierro (encierro individual o común) se subordina a este fin. Estos pensamientos se materializaron en gran medida en los principios acordados por los gobiernos de los distintos estados en 1823 para la ejecución de las penas privativas de libertad. De esta ejecución de carácter educativo de la pena se apartaron nuevamente los principios de la ejecución de la pena del 14.v.34, colocándose nuevamente en primer lugar la idea de retribución. Sin embargo estos principios se suprimieron el 22.VII.40 por una nueva orientación definitiva, basada en la prevención general y en la intimidación. La debilidad constitucional de la pena privativa de la libertad ha provocado un fuerte escepticismo en su contra: Después de 150 años de reforma penal, el rasgo preponderante del presente es un escepticismo frente a toda detención, y la búsqueda de nuevos métodos adecuados de tratamiento fuera de muros (Grunhut). Solo se la quiere aplicar como ultima ratio, por esa razón la pena privativa de libertad de corta duración se reemplaza ampliamente por la pena pecuniaria; por eso se remite condicionalmente la pena privativa de libertad de hasta un año (según circunstancias hasta de dos años). Para evitar los peligros de las penas privativas de libertad, deben separarse los establecimientos abiertos. El paso hacia la libertad se facilita con la libertad condicional bajo la vigilancia y dirección de un asistente.

<sup>125</sup>Posner. Ob. CitPág. 355

Con esta visión de la función del encarcelamiento, lo que buscamos es generar un beneficio importante, que una multa no genera, impide que el delincuente cometa delitos fuera de la prisión, no importa si su lugar es ocupado o no por otro delincuente, solo generar un costo mayor por sobre quien delinque, privándolo de trabajo (esto se puede entender como la clausura del negocio por un tiempo determinado)

La práctica, sistemática en las leyes para los reincidentes y en las instrucciones para las sentencias federales, de castigar a los delincuentes reincidentes con mayor severidad que a quienes delinquen por primera vez, se limita generalmente a los casos en los que el castigo habitual es la prisión, lo que implica que la prevención (sujeta a restricciones de costos), y no la fijación de precios, es la meta social apropiada. Esta práctica eleva el precio del delito para quienes, a juzgar por su comportamiento anterior, valúa el delito más que otras personas. Si nuestro objetivo es la minimización de la cantidad del delito, queremos “cobrar” más a las personas que valúan más la actividad<sup>126</sup>Lo que nos dice *Posner*, que debemos poner costos escalonados o yuxtapuestos, de dicha forma quien delinque ya teniendo distintas posibilidades de no llegar al costo mayor que es la prisión. Se ve como el principio de proporcionalidad está apoyado sobre el CMgd, buscando que la sanción sea gradual.

Si pensamos lo que se hace es lo mismo que propone *Pigou*, para la solución de las externalidades negativas, va poniendo costos (*Pigou* lo hace con multas) hasta el punto tal que la sanción llegue a producir un CMgd esto lleva a la empresa que genera la externalidad negativa a modificar la conducta o su forma de producción, está aplicando de forma racional el proporcionalidad, para algunos individuos que delinquen solo llegan a ese CMgd cuando entran en el sistema carcelario.

Cooter&Ulem, plantean una idea que no comparte esta tesis, la idea que el encarcelamiento tiene beneficios sociales o podrían encontrarse beneficios sociales entre ellos la disuasión, retribución, rehabilitación e incapacitación.

Según estos autores, la retribución parte de la idea que la justicia requiere que se castigue a quien comete un delito y en proporción a su delito. Así las cosas la sentencia permite al Estado ajustar la vergüenza y el costo personal a la prisión hasta que esta sea proporcional al delito. La rehabilitación en el presunto beneficio del encarcelamiento

---

<sup>126</sup>Posner. Ob. CitPág. 363/64

del individuo que delinque es la rehabilitación, lo que significaría que la cárcel cambia a los delincuentes y que ya no cometerán delitos. El ejemplo que nos traen los autores que estamos utilizando es el siguiente: “la prisión podría enseñar al delincuente una habilidad laboral practica o proveer una instrucción religiosa. El ideal de la rehabilitación que laguna vez disfruto de favor en los Estados Unido, ha sido abandonado, en parte porque los programas de rehabilitación muestran malos resultados” (Cooter&Ulen).<sup>127</sup>

Ahora bien, *Cooter y Ulen*, en contra posición con la idea de *Posner*, proponen dos argumentos sobre la prisión. En primer lugar nos dice que para que el encarcelamiento disminuya la tasa delictiva, es necesario que los delincuentes incapacitados por el encarcelamiento no sean reemplazados de inmediato por nuevos delincuentes. El ejemplo que ponen en el libro es el siguiente: “si el encarcelamiento de un narcotraficante genera de inmediato su reemplazo por otro, la incapacidad no reducirá el total de las ventas de drogas. En términos técnicos, la incapacidad es muy eficaz para reducir el delito cuando la oferta de delincuentes es inelástica. En general la oferta inelástica deriva de un factor de producción fijo. Por ejemplo, es posible que un narcotraficante importante tenga un conocimiento especial de los mercados ilegales, de modo que después de su arresto nadie podría tomar rápidamente su lugar”<sup>128</sup>

En segundo lugar, para que la cárcel disminuya los delitos, es necesario que la misma baje el número total de los delitos que se cometen por reincidentes a lo largo de su carrera delictiva, ya que para algunos el encarcelamiento afecta a la cronología, pero no la numero de sus delitos.

Como se verá en el capítulo siguiente, esta tesis no comparte la idea de la resocialización de quien comete un acto contrario al derecho. El hecho de que el autor de un delito pierda su inmunidad jurídica contra la pena no implica que pierda también su inmunidad moral, la cual deriva del principio de que es *prima facie* moralmente incorrecto sacrificar a un individuo de beneficio de otro (*Nino*)<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup>Cooter y Ulen, Ob. CitPág. 594

<sup>128</sup>Cooter y Ulen, Ob. Cit. Pág. 594

<sup>129</sup>Nino.Ob. Cit Pág. 233

“Al obedecer las reglas sin que exista coacción se tiene una ventaja evidente, y no únicamente porque la coacción como tal es mala, sino porque, de hecho, a menudo es deseable que las reglas se representen en la mayoría de los casos y que los individuos capaces de transgredirlas comprendan que no merece la pena incurrir en el oprobio que tal infracción traerá consigo”.

*Friedrich A. Hayek*<sup>130</sup>

## **Capítulo. IX**

### **Conclusión**

El lector se encontrará con que la conclusión se divide en dos partes, en la primera buscará enfrentar a las teorías clásicas de la pena la Teoría de la Motivación o de los Incentivos. En la segunda parte, buscaré definir el tema.

El fin de esta tesis ha sido tratar de demostrar que las teorías clásicas de la pena, por medio de la coacción, intimidación, buscan generar un incentivo *ex post a la sanción*, utilizando como ejemplo social a los individuos condenados, esto es que luego de la pena actúen por miedo o por conciencia. En pocas palabras todas las teorías encuentran un fin, incluso la retributiva ya que el fin será si se quiere, que la persona no sea rebajada a cosa, o mantener su categoría de persona.

La importancia del incentivo *ex antes* o *ex post*, radica, en que al utilizar un incentivo *ex post*, se está utilizando al sujeto como cosa para un fin determinado. Por ello el incentivo es importante que se encuentre *ex antes*, ya que es este el que permitirá realizar el cálculo costo-beneficio con total autonomía de la voluntad.

El incentivo *ex post*, lo que hace es no importar el cálculo inicial o primario que necesita el sujeto antes de realizar el hecho, solo le importa el castigo y a partir de allí generar costos para que no se vuelva a repetir, busca coaccionar la autonomía de la voluntad del sujeto, no permitiéndole que actúe libremente. Es por ello la importancia que encuentra esta tesis en el incentivo *ex antes*.

---

<sup>130</sup>Friedrich A. Hayek. Los fundamentos de la libertad. 8ª ed. Unión editorial. Madrid 2008.

A esta altura de la tesis, el podría afirmar, que la Teoría de la tecnificación de la motivación o de los incentivos, está explicando cómo funcionan todas las teorías de la pena, con la diferencia que para ella el incentivo se encuentra *ex antes* de cometer el hecho, podrá reprocharse fundamentalmente a este párrafo que la teoría retributiva no posee como fin un incentivo, eso lo contesto más adelante.

La propuesta que trata de aportar esta tesis consiste en partir de la base que las personas busquen maximizar sus beneficios, en esa búsqueda pueden desviar el rumbo a lo delictivo, ese acto genera costos sociales altos, ya que afecta la cooperación y vulnera la autonomía de la voluntad. Así planteado la pena viene a generar costos en quien decide hacer de la negación al derecho una profesión, pero a su vez ese costo que se le aplica busca refrendar la idea de persona.

El estado de naturaleza al que hace volver a la persona el delito, no es aceptable por el Estado, no le pertenece a ella el derecho a perseguir el delito, sino al Estado, ya que es este quien debe evitar que los costos sociales no aumenten y no se vulnere la autonomía de cada individuo.

Si se quiere la pena tiene un fin racional no empírico, en el cual encontramos esta idea de la autonomía de la voluntad de cada persona, y una idea si se quiere más empírica, donde aparece esta idea que el de la cooperación y los costos de transacción que genera el delito.

El otro punto será el de contraponer las teorías clásicas (Prevención Especial “PE”, Prevención General “PG” y de la Retribución “TR”) de la pena con la teoría de tecnificación de la motivación “TM”, para ello no las volveré a explicar sino que tomare las partes más controvertidas con la teoría de esta tesis.

## -I-

La pena como *tecnología de la motivación*, motiva o incentiva *Ex Ante*, esto es *antes del hecho*, al generar mayores costos sobre los beneficios, reconociendo a la persona en su autonomía. En contraposición a las teorías clásicas que son *Ex Post, después del hecho*, utilizando a la pena impuesta como motivador de conducta pero con la coacción y la intimidación, cosificando a los individuos al utilizarlos de ejemplo para la sociedad,

en otras palabras tomando al individuo que fue condenado como una cosa con el fin de dar un ejemplo.

### **Retribución vs Tecnología de la Motivación**

La pena es un mal que se impone al autor por el hecho culpable. Se basa en el postulado de la retribución justa, que cada uno sufra lo que sus hechos valen (*Kant*), esto es, sobre el postulado de la armonía entre merecimiento de felicidad y felicidad, merecimiento de pena y sufrimiento de pena. Según este postulado de un devenir justo del mundo resulta correcto que un delincuente sufra de acuerdo de acuerdo al grado de culpabilidad. De este sentido de la pena se según tanto la justificación como la medida del mal de la pena: la pena se justifica como retribución adecuada a la medida de la culpabilidad. Este sentido de la pena se dirige a la comprensión y a la voluntad del hombre, tanto del autor como de la sociedad en que vive<sup>131</sup>.

Kant ve en la pena una retribución del mal o daño que ha sufrido la víctima, esta teoría no encuentra en la pena un sentido en la persecución de un fin socialmente útil alguno y, es la pena la que expida la culpabilidad del autor por hecho cometido, entonces busca la compensación al daño causado al derecho. La TM si encuentra en la pena una función social que es que no aumenten los costos de transacción<sup>132</sup> sociales por el delito, entendiendo al derecho como un regulador de los costos de transacción en la sociedad.

En Hegel, el delito se desarrolla contra la estructura social, contra el derecho mismo. No busca redimir el mal que causo, sino que buscara la superación la anulación del delito (*Aufheben des verbrechen*) por medio de la lesión de la voluntad del delincuente. Concibiendo al delito como coacción ex post. En este punto se concibe a la pena como un instrumento que actúa ex post y no ex antes.

La coacción desde la idea que propone esta tesis, esta puesta solo en la condena, no en el cálculo que realiza el sujeto en su libertad de actuar, la coacción solo aparece con la pena. La idea que la pena comienza a actuar *ex antes*, esta puesta, no en la coacción, si en la información como motivación o incentivo a la hora que el sujeto libre pueda realizar correctamente su cálculo costo beneficio.

---

<sup>131</sup>Welsel. Ob. CitPág. 281

<sup>132</sup>El aumento de los costos de transacción sociales fue explicado en los capítulos anteriores.

La TM, no busca lesionar la voluntad o autonomía de la voluntad del delincuente, busca motivarlo con mayores costos en su cálculo, bajando la rentabilidad de su negocio y de esta forma que desista de la acción por propia voluntad, es la misma persona que evaluara si la ganancia que podría llegar a obtener le es rentable o no para cometer el hecho.

La teoría de la retribución, guste o no tiene un componente económico, ya que la coacción transformada en pena, está regulando los precios de un mercado, quien piensa en cometer un hecho ilícito, está realizando un cálculo racional de los costos que le atraería la acción, el segundo punto es una vez aplicada la sanción indefectiblemente aumentará los costos para la siguiente operación que desea realizar en su profesión delictiva. Ud, podrá decirme que la teoría retributiva no busca esto, pero claramente el mecanismo que realiza si lo genera, si la sanción o la pena, busca que la persona que sufrió el delito vuelva a ser reconocida como persona, para Kant como para Hegel, quien comete un delito, cosifica a la persona, la vuelve a un estado de cosa, de naturaleza, donde no es persona, ya que la utiliza para sus fines personales, no la reconoce como un par en el momento en que viola su autonomía de la voluntad, es aquí donde interviene el Estado con la pena, la cual cumple una doble función, primero devolverle a la víctima su condición de persona como tal esto es haciendo valer la autonomía de ella, y a su vez sancionando a quien delinque, ya que si no lo sanciona estaría quitándole su condición de persona por no reconocer su autonomía de la voluntad, volviéndolo un inimputable. Ahora bien una vez que ocurrió todo este mecanismo, la persona que negó el derecho tiene que pensar su próximo delito ya que sus costos abran aumentado, por la condena anterior.

En relación al párrafo anterior, el *Prof. Naucke*, como un neo kantiano, propone la idea que en la pena Kant encuentra un fin, este fin es justamente devolverle el valor de persona (la autonomía de su voluntad) a la persona que sufrió la cosificación del delito. Entonces ¿Por qué solo el fin es devolver la calidad de persona a quien sufre un delito y no se puede aplicar esta idea de la motivación o incentivo?

*Naucke*<sup>133</sup> nos dice que: La imposición de una pena (también en la forma de la amonestación con reserva de la pena) muestra que el autor ha traspasado

---

<sup>133</sup> Es sabido que Naucke, es un autor de la escuela de Frankfurt y, sigue a Kant, pero en esta ocasión tomo sus palabras a modo de ejemplificar lo que vengo explicando.

inequívocamente los límites de tolerancia de la mayoría de los ciudadanos”<sup>134</sup> Tomo estas palabras del autor, para poder mostrar más claramente la postura de esta tesis, quien delinque traspasa la tolerancia de los ciudadanos, la tolerancia puede de ser entendida como el aumento de los costos diarios por la fractura de la cooperación, y es por ellos que el Estado coloca distintas amonestaciones, hasta llegar a la más grave de todas la cárcel, he aquí que el único fin que cumple la pena es dejar fuera de su profesión al delincuente por haber terminado con la tolerancia de la sociedad.

### **Prevención Especial vs Tecnología de la Motivación**

Esta teoría busca la prevención del delito mediante la actuación sobre el recluso. Tiene como fin **intimidar** al delincuente ocasional, reeducar al delincuente habitual corregible y hacer inofensivo al incorregible (V. Liszt), es una relación entre pena y medida de seguridad.

Toma como medida para la pena no la gravedad del juicio de la culpabilidad sino la peligrosidad social del autor, la posibilidad de reincidencia. Teniendo como base la intimidación y la corrección. En resumen busca hacer desistir al autor del hecho, por medio de la una coacción ex post, utilizando la intimidación de la pena.

La PE actúa de dos maneras: i) Busca su corrección con el fin de que el hombre se reintegre a la sociedad y ii) cuando es incorregible busca su eliminación, reclusión por tiempo indeterminado o la muerte.

Primeramente a la TM, no tiene como foco la reinserción en la sociedad (no lo tiene como foco, ya que la reinserción esta tesis la considera violatoria de la autonomía de la voluntad del sujeto), eso depende de la autonomía de cada individuo, tampoco encuentra la intimidación como un fin. Lo que genera la TM un cálculo libre por parte de quien realizara el acto contrario al derecho, lo que busca es la motivación por parte de un costo-beneficio, no la corrección, ya que esto iría contra la autonomía de la persona convirtiéndolos en cosas, si la persona desea seguir delinquiendo por la rentabilidad que le da por sobre la pena, está en su libertad de hacerlo.

---

<sup>134</sup>Naucke. Ob. Cit. Pág. 59.

No puede el Estado ir contra esa libre voluntad de los sujetos, ya que, de hacerlo se convertiría en un estado que utiliza la pena para sus propios fines, el solo debe castigar el hecho exteriorizado con el fin de bajar los costos de cooperación y procurar la libertad de los sujetos.

El castigo con el fin de intimidar a otro sujeto, es la injusticia puesta en manos de la pena al tratar a una persona como lo hacían los castigos de edad media, entonces se justifica que se le coloque al delincuente una máscara de hierro, se lo suba a un burro y se lo pasee por la plaza, violando todo derecho e integridad de una persona, cosificándolo por el mero hecho sugestionar a una sociedad para que no delinca, entonces entramos a un estado como el de Hobbes, donde los ciudadanos entregan todos su derecho y libertades, lo cual resulta inaceptable para esta tesis.

### **Prevención General (PG) vs Tecnología de la Motivación**

La pena en la PG está orientada hacia el futuro, con el fin de prevenir los delitos o conductas por medio de la coacción, en otras palabras encuentran en la pena una inhibición metodológica que esta puesta en la intimidación.

El derecho penal de la prevención es el moderno derecho penal racional. Con la palabra prevención quiere designarse la prevención general (la posible influencia sobre el autor) y la prevención especial (la corrección y el aseguramiento de los eventuales autores). Mediante la amenaza penal, junto al inicio de un proceso penal –según reza la opinión actual- se logra tanto más prevención general, como más prevención especial mediante la aplicación y la ejecución de la pena (Naucke)<sup>135</sup>.

La pena esta puesta para la PG, en la prevención, entonces tenemos la pena como intimidación, la amenaza de la ejecución. La idea de la pena debe intimidar amenazar y la aplicación de la pena debe reforzar esta idea de la intimidación.

Así planteado vemos como necesita de una pena de una sanción *ex post* para poder luego en un segundo estadio poder generar el *ex antes*, esto es que habiendo utilizado a una persona como cosa, generara el miedo al resto de la sociedad. Siendo una conducta cíclica que gira un círculo vicioso, porque necesitara siempre tener a alguien

---

<sup>135</sup>Naucke – Hassemer – Luderksen.Principales problemas de la prevención general. Pág. 14

para aportar como ejemplo, y necesitara cada vez una pena mayor a para poder seguir validando la amenaza. Ya no aplicara la idea de ir aplicando penas de menor a mayor hasta lograr el CMgd, sino que comenzará tan alta la pena que el sujeto siempre buscara mayores delito que le resulten más rentables.

Cada decisión de aplicación preventiva general de la pena implica tres requisitos, a saber: 1) que ella actúa como medio para las personas o la mayoría de las personas o la mayoría de las personas sobre las cuales quiere influir; 2) que estas personas o grupos de personas son motivables a través del factor que debe realizar la intención preventivo general; 3) que el conocimiento empírico de la criminalidad, de la intimidación, que permite en cada caso una prognosis confiable de efecto preventivo general (*Hassemer*)<sup>136</sup>.

La TM, dice que con información perfecta, el sujeto realiza un cálculo, este cálculo evaluara si cometiendo el hecho contrario al derecho, obtendrá una maximización de su renta o todo lo contrario un costo tan alto que no le será conveniente tomar los riesgos. La pena lo que está tomando es ese cálculo *ex antes* e inflar el precio, a tal punto que o busque un sustituto a su profesión ya que no le es más rentable.

Respetando la autonomía de la voluntad del individuo a elegir sus costos y beneficios, pero nunca buscara coaccionar esa libertad y, es fundamental para esta teoría que no se den asimetrías de la información. Porque lo que está haciendo la PG es decir antes que cometas otro delito te voy a coaccionar, voy a prejuzgarte no me interesa cuál es tu elección libre, porque son teorías que no respetan la libertad de los individuos.

Nuevamente hay que reafirmar que las reflexiones son válidas para aquellos efectos preventivo-generales, los que no tienen en cuenta, desde su comienzo, la autonomía del individuo y por ese motivo no pueden ser apoyados. La autonomía del individuo es respetada cuando las sanciones que este debe aceptar están justificadas. (*Luderssen*)<sup>137</sup>

### **Prevención General Negativa (PGN) vs Tecnología da la Motivación**

La base esta puesta en la coacción psicológica, Feuerbach habla de la capacidad que tienen las personas de razonar y la consecuencia o no de realzar el delito. Así propuesto, la idea de la pena radica en la capacidad que tenga la persona para entender la

<sup>136</sup>Naucke- Hassemer- Luderssen. Ob. CitPág. 63

<sup>137</sup>Naucke- Hassemer- Luderssen. Ob. Cit Pág. 97

intimidación o el miedo a la sanción. Buscando que el sujeto no actúe por miedo, coaccionándolo antes de actuar.

Así como las demás teorías que hemos estado analizando, encuentra por medio de la coacción generara el miedo y de esta forma desistir a realizar la conducta contraria.

La TM no busca el miedo ni la corrección, las teorías del miedo no han tenido ningún resultado positivo, además que les es imposible poder demostrara empíricamente que los resultaos son satisfactorios, y van contra la autonomía del sujeto. Todo objeto del libre arbitrio, que carece de libertad por si, se llama, pues, cosa (rescorporalis).<sup>138</sup>.

La TM, motiva a una conducta contraria pero utilizando la pena como un precio, de esta forma el individuo buscara un sustituto que será un delito inferior al que se quiere evitar o desistirá del mercado delictivo.

Pero lo hará voluntariamente sin intimidarlo, cuando realice un costo-beneficio sobre la pena y la rentabilidad del delito. Hay una acción libre por parte del sujeto, la cual no es coaccionada mucho menos intimidada y, la acción es libre siempre y cuando no se den las asimetrías de la información que vicien el cálculo que realiza el sujeto. De esta forma se da que la TM, está generando una conducta *ex antes*, motivada desde la propia autonomía de las personas y sus beneficios.

### **Prevención General Positiva (PGP) vs Tecnología de la Motivación**

La PGP, ve al derecho como un regulador de conductas y un mecanismo de formar conciencia colectiva. La TM, busca que se mantenga la cooperación y no aumenten los costos de transacción, partiendo de la base que es el conjunto de las autonomías de la voluntad las que decidieron que así debía ser. Pero no encuentra en la pena pero un generador de conciencia colectiva eso sería inmiscuirse en la autonomía de la persona.

Es más realista este planteo de un individuo que ejecuta un cálculo mental libre y consiente (costo-beneficio) que busca la maximización de sus beneficios, y quien exterioriza su acción con el delito está cosificando a la persona otra usándola por maximizar sus fines personales. La esta idea que el derecho penal educa o genera una

---

<sup>138</sup>Kant. Ob. Cit. Pág. 58

conciencia colectiva, los que está buscando es ir contra la autonomía de la voluntad de los sujetos, no se educa ni se busca la conciencia por medio de la coacción.

El error que encuentra esta teoría de la PGP, es que si la pena educara no existiría el delito, más aun con la pena de muerte en un país no deberían finalizar los delitos, pero esto no funciona así.

Ya que los sujeto si encuentran en su cálculo una rentabilidad mayor a los costos impuestos por la pena, realizara de todos modos el acto contrario al derecho.

En el caso de la PGP, está la idea que solo se podrá mantener a la norma por convicción o por coacción, entonces así planteado la norma tiene como pilar fundamental el “deber” de producir miedo y coacción.

La idea postulada en esta tesis, responderá, si buscamos en la norma el miedo, por medio de la coacción, estaríamos limitando o vulnerando la autonomía de la voluntad que poseen los individuos de actuar. Es más racional pensar a la pena, como un mecanismo que respeta la autonomía de la voluntad de la persona, y regula un mercado en su oferta y demanda, así planteado cada sujeto en su libertad decidirá que consumir según sus prioridades, sus deseos, etc.

Entonces con más razón, esta idea de un hombre económico que evalúa su acción *ex antes mediante un cálculo*, que buscara maximizar su renta en el delito, es mucho más convincente o realista que una pena que tiene un sustento en el miedo.

De todos modos, si lo pensamos PG como las restantes, están aplicando un principio económico, pero puesto desde el miedo, la corrección, coacción, no pueden escapar a esta idea del hombre económico y maximizador de sus beneficios.

El cálculo es el mismo que realizara un sujeto que sale a buscar un trabajo, las horas de trabajo + la renta que recibirá + si este cubrirá sus mínimos gastos. Quien piensa en cometer un ilícito, entonces la pena como *tecnología de la motivación*, buscara aumentar los costos *ex antes* para que no sea rentable el delito, pero siempre respetando el libre arbitrio de quien desea cometer el hecho ilícito.

## -II-

En esta idea de la pena de la Tecnología de la Motivación social o si se quiere del Incentivo Social, la pena viene a cumplir un doble papel, primero ratificar la autonomía de la voluntad de los sujetos de la sociedad (tanto víctima como victimario), y luego ante esa autonomía de la voluntad a proporcionarle la información necesaria a los fines que el individuo *ex antes*, realice su cálculo.

En este punto el sujeto en su autonomía de la libertad, podrá evaluar, sin que exista una asimetría de la información, su cálculo para maximizar su rentabilidad en el delito. Como se puede observar la pena no tiene como fin humillación de los individuos penados de una sociedad para utilizarlos como ejemplos a los demás.

Entonces la pena, primeramente busca esta idea de refrendar la autonomía de la voluntad, esto es sancionando a aquellos que cosifican a sujetos en post de un fin personas mediante el delito, ese delito lo que genera es una ruptura en la cooperación social, aumentando los costos de transacción.

La pena buscara la sanción primero para refrendar a la persona cosificada como sujeto autónomo, sancionando a quien cometió el delito ya que de esta forma lo reconoce como persona autónoma, si no lo hiciera lo consideraría una cosa. Segundo, la pena aparece como una sanción a quien comete el delito por romper el acuerdo de voluntades en el cual se basa la cooperación, el Estado existe a los fines de mantener esa cooperación y al mantener esa cooperación está defendiendo la autonomía de la voluntad de los sujetos.

El fin que encuentra la pena es el mencionado anteriormente, y lo realiza de la siguiente manera, tomando al delincuente como un profesional, lo único que hace la pena es aumentar o mantener los costos del trabajo que eligió, entonces busca provocar una conducta *ex antes*, dejando el actuar delictivo ala libre autonomía del individuo.

La pena es la compensación al costo del delito, esto quiere decir, que el sujeto en su plena autonomía, realiza el hecho contrario al derecho, esto genera un costo social que es reducir los niveles de cooperación social, al mismo tiempo el delito esta cosificando

al individuo que es víctima, la pena como tal está cumpliendo con la función de elevar los niveles de cooperación social, que la víctima siga manteniendo su condición como persona autónoma y, al mismo tiempo busca volver persona a quien comete el delito, condenándolo a un apena su negación al derecho.

El individuo que niega el derecho es un free rider, esto es que vive de la cooperación y el trabajo de los demás, maximiza sus beneficios a costa de los demás. La pena le está diciendo, que el por su autonomía puede hacerlo, pero el Estado como sujeto que vela por la autonomía de los individuos penara, y está obligado a sancionarlo, sino lo sanciona lo rebaja a una categoría natural de cosa o animal sin derechos. Desde este punto de vista la pena tiene la función de reconocer como persona tanto a la víctima como al delincuente.

La eficiencia de *Pareto*, nos ayudara a encontrar esa justificación, quien decide cometer un delito puede hacerlo porque es su autonomía, pero debe compensar a la sociedad por esa maximización personal que busco, la compensación al mal causado esta puesta en la pena.

Tomando la eficiencia Pareto, si el derecho penal no sanciona, entonces nadie tendría incentivos de cooperar generando altos costos sociales, de esta forma se llega a un equilibrio en que quienes participan del mercado en este caso en la sociedad, no tienen incentivos a dejar de cooperación, en este caso la pena compensa a la sociedad en su conjunto, esto hace que mejore el bienestar del conjunto de la sociedad, y quien delinquiró queda igual ya que siempre fue esa su situación.

No en la pena material, en el sentido que devuelva el bien robado por ejemplo, sino en esa pena como sanción por haber quebrantado la cooperación social y la idea de persona<sup>139</sup>. La restauración del bien como cosa material le corresponde al derecho civil y no al derecho penal, es por ello que la persecución corresponde al Estado, sin importan si la querrela desea o no continuar con la acción penal.

Quien evaluara sus costos y beneficios, en este mercado, de esta forma verá si la internalización de la voluntad, maximizara o no su renta, esto es lo que lo llevara a priorizar si cosificara o no a un individuo para lograr sus fines personales.

---

<sup>139</sup>Cuando se hace referencia a "persona" en esta tesis, debe remitirse al concepto de persona kantiana.

Como encaja la solución a las externalidades negativas de *Pigou*, esto es manejar por medio de la pena el mercado delictivo, buscando el CMgd de cada individuo que decide delinquir. No buscando el miedo ya que esto es muy subjetivo ¿Cómo se cuál es el miedo de las personas?, la idea de *Pigou* se puede aplicar a una idea macro a un conjunto de personas, la idea del miedo tendría que evaluar persona por persona cuáles son sus miedos algo que resulta imposible, como viene sosteniendo esta tesis el miedo de la pena no influye en los sujetos.

Ahora bien entendida la teoría de la pena como una teoría que busca corregir el mercado delictivo *ex antes*, desde la tecnificación de la motivación el sujeto realiza por su medio un libre cálculo de la rentabilidad que le dará el delito y, el costo de si lo atrapan, este cálculo es el que lo llevara a tomar su decisión basada en su autonomía de la libertad. Si a esta idea le aplicamos, la del CMgd, permite poner una sanción única para todo e ira subiendo dependiendo de quién siga cometiendo el delito porque le resulta más rentable, cada vez que vuelva a cometer un delito la pena aumentara un poco mas y así hasta llegar al CMgd.

En el análisis costo-beneficio, ¿conviene o no adaptarse a la norma?, esto demuestra como todas las teorías de la pena no importa cual se elija son lo mismo, todas tienen el componente de coacción *ex post*, esto porque necesitan de tener un condenado que cause en el resto de los ciudadanos una conducta que no sea contraria al derecho, de este modo las consecuencias serán después y, provocaran lo que plantea esta tesis luego de utilizar a la persona como cosa.

## **BIBLIOGRAFIA**

- **A cura di M. Motterlini. M. piattelliPalmarini.** Critica dellaregione económica. Tresaggi: Khaneman, McFadden, Smith. Edit. IlsaggiatoreS.p.A, Milano 2012.
- **A. Marshall.** Principios de Economía. Aguilar Madrid, 1963.
- **Adam Smith.** Investigaciones sobre la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones. Pág. 17. Cap.II. Edit. Fondo de Cultura Económico. 2008
- **Albert Camus.** Calígula. Edit. Losada.
- **Alexander Kojeve.** La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel (título original “Introduction a la lecture de Hegel). Edit. Leviatan. Bs.As. 2006.
- **Alfredo Martin Navarro.** Neuroeconomía y Metodología. Algunas reflexiones iniciales. Conferencia pronunciada en la academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires el 19 de julio de 2007.
- **Andrés JoséD`alessio.** Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. Tomo II. Parte Especial arts. 79 a 306. 2º Edición. Edit. La Ley. Bs As. 2009.
- **Carlos Galperin.** Bienes Públicos, Free Rider y Externalidades: una visión crítica de la bibliografía para su aplicación al estudio del medio ambiente.Libertades. Edición semestral de ESEADE. N° 23. Año XII. Octubre de 1995.
- **Carlos Santiago Nino.** Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito. 1 reimpresión. Edit. Astrea. Bs.As. 2006.
- **Claus Roxin.** Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Edit. Thomson. II edición.
- **Daniel Kahneman.** Atención y esfuerzo. Madrid 1997. Edit. Biblioteca nueva.
- **Daniel Kahneman.** Pensar rápido, pensar despacio. Tercera edición de bolsillo, 2014. España.
- **David Ricardo.** Principios de EconomíaPolítica y Tributaria. Edit: Claridad. BsAs. 2007. Segunda edición.
- **Diego Manuel Luzón Peña.** Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 2 ediciones. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012 España.
- **Douglas Elespe.** La Ley de Entidades Financieras-Análisis de los Proyectos de Ley y Propuesta para la Futura reforma legislativa.

- **Douglas G. Baird, Robert H. Gertner, Randal C. Picker.** Game Theory and the Law. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London England
- **Douglass C. North.** Instituciones, cambios institucionales y desempeño económico. Edit: Fondo de CulturaEconómico. Mexico. 2012.
- **Douglass C. North.** Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Political Economy of institutions and Decisions. Cambridge University Press. 3 ist printing 2011.
- **Edgardo Alberto Donna.** Derecho Penal. Parte Especial. Tomo. II-B. 2ºedicion. Edit. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2012.
- **Edgardo Alberto Donna.** Derecho Penal. Parte General. Fundamentos – Teoría de la ley penal. Tomo I. Ed. Rubinzal-Culzoni. 2008.
- **Eduardo Demetrio Crespo.** Constitución y Sanción Penal. Libertas Revista de la Fundamentación Internacional de Ciencias Penales. Nº 1,2013 (julio).
- **Eduardo Demetrio Crespo.** Crisis Financiera y Derecho Penal Económico. Serie Europa América. Edit. EDISOFER, España. 2014.
- **Eduardo Demetrio Crespo.** Culpabilidad y Fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin. Ponencia presentada el día 20 de octubre de 2001 en Córdoba Argentina. Con motivo de las Jornadas Internacionales en homenaje al Profesor Claus Roxin.
- **Eduardo Demetrio Crespo.** Identidad y responsabilidad. Artículo elaborado en el marco del proyecto de investigación Neurociencia y Derecho Penal: nueva perspectiva en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad (MICINN/DER2009-09868) a partir de la ponencia presentada en las XXII Jornadas de Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 22-11-2012.
- **Eduardo Demetrio Crespo.** Libertad Voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximaciones a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencia y derecho Penal. InDret revista para el análisis del derecho. ([www.indret.com](http://www.indret.com)) Barcelona 2011.
- **Eduardo Demetrio Crespo.** Prevención General e individualización Judicial de la Pena. Edi. Universidad de Salamanca. España. 1999. 1 edición.
- **Eduardo Stordeur.** Análisis Económico del Derecho. Una introducción. Edit. AbeledoPerrot. 1º Edición. Bs.As. 2011.

- El derecho ante la globalización y el terrorismo. <<CEDANT ARMA TOGEA>>. Actas del coloquio internacional Humboldt, Montevideo abril 2003. Coordinadores. Mario G. Losano / Francisco Muñoz Conde.
- **Enrique Bour.** Bienes Públicos, externalidades y teoría de los incentivos. [www.ebour.com](http://www.ebour.com).
- **Enrique Bour.** Economía del Crimen, Accidentes, Responsabilidad y Regulación. [www.ebour.com](http://www.ebour.com).
- **Enrique Bour.** Introducción al Análisis Económico. [www.ebour.com](http://www.ebour.com)
- **Esteban Righi.** Derecho Penal, Parte General, LexisNexis.
- **Fabian I. Balcarce.** La culpabilidad: antes y después de la neurociencia. Edit. Hammurabi. Bs.As 2014.
- **Francis Fukuyama.** La gran ruptura. Naturaleza humana y reconstrucción del orden social. (título original “the great disruption”). Edit. SQN. Barcelona. España. 2000.
- **Friedrich A. Hayek.** Camino de Servidumbre. Edit. Unión, Madrid. 2008. Obras Completas Volumen II.
- **Friedrich A. Hayek.** Los fundamentos de la libertad. 8º ed. Union editorial. Madrid 2008.
- **Germán Coloma.** Defensa de la Competencia. Análisis Comparado. Edit. Ciudad Argentina. 2º Edición. 2009.
- **Guillermo Orce y Gustavo Fabian Trovato.** Delitos Tributarios. Estudio analítico del régimen penal de la Ley 24.796. Edit. AbeledoPerrot. BsAs 2008.
- **Günter Jakobs.** Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart. Strafbegründung und positive general prevention.
- **Günter Jakobs.** Sociedad, Norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Edit. Ad-Hoc. Monografías. Buenos Aires 2013.
- **Günther Jakobs.** Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. II edición. Edit. Marcial Pons. Madrid, 1997.
- **Günther Jakobs.** La pena estatal: significado y finalidad. Título en alemán: Staatliche Strafe; bedeutung und Zweck, Opladen, 2004. Traducción de Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijoo (Universidad Autónoma de Madrid).
- **Hal R. Varian.** Grundzüge der Mikroökonomik. 8. Auflage. Oldenbourg Verlag München. 2011.

- **Hans Welzel.** Derecho Penal Alemán. Edit. Jurídica de Chile. 4 ediciones. Santiago de Chile. 1997.
- **Horacio L. P. Piffano.** Análisis Económico del Derecho Tributario. E-Book. Edit. UNLP prEBi/SeDiCI
- **Hugo Alejandro Acciarri.** La Fórmula de Hand y el CheapestCostAvoider en el Derecho de Daño Argentino.
- **Ignacio Berdugo Gomezdela Torre, Ana Perez Cepeda.** Curso de Derecho Penal. Parte general. 2º edición. Edit ediciones experiencia. España.
- **Immanuel Kant.** Principios metafísicos del Derecho. Edit. Heliasta. Bs.As. 2015
- **Ingo Muller.** Los Juristas del Horror, (título original “FurchtbareJuristen”). Edit. Alvaro Nora ABC Ltda. Bogota, Colombia. 2009.
- **James M. Buchanan, Geoffrey Brennan.** La razón de las normas. Economía política constitucional. Edit. Union. Madrid, 1987.
- **James M. Buchanan.** Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el leviatán. 1º edición, 2009. España. Katz editores.
- **Javier Lopez Biscayart, Mariano Hernan Borinsky, Juan Pedro Galvan Greenway, Pablo Nicolas Turano.** Régimen Penal Tributario y Previsional. Ley 24.769 con las reformas de la Ley 26.735. Edit. Rubinzal-Culzoni. 2012. Santa Fe. Argentina.
- **Javier W. IbañezJimenez.** Análisis económico del Derecho. Método, investigación y práctica jurídica. Edit. Bosch. España 2011.
- **Jorge Enrique Haddad.** Ley Penal Comentada. 7º edición. Edit. AbeledoPerrot. BsAs 2012.
- **Joseph E. Stiglitz& Carl E. Walsh.** Microeconomía. 4º edición. Madrid 2009.
- **Juan Carlos Aguado Franco.** Teoría de la decisión y de los juegos. Edit. DELTA, Publicaciones Universidad. 1º edic. 2007.
- **Juan Vicente Sola.** Constitución y Economía. Edit. LexisNexis. 1Edicion. 2004.
- **Juan Vicente Sola.** Tratado de Derecho y Economía. Tomo I. Herramientas de Economía para el Análisis Jurídico. Edit. La Ley. Bs. As. 2013.
- **Juan Vicente Sola.** Tratado de Derecho y Economía. Tomo II. Análisis Económico del Derecho Público y de los Tributos. Edit. La Ley. Bs. As. 2013.

- **Juan Vicente Sola.** Tratado de Derecho y Economía. Tomo III. Análisis Económico del Derecho Tributario – Análisis Económico del derecho de Daño-Economía para Abogados. Edit. La Ley. Bs. As. 2013.
- **Mancur Olson.** Poder y Prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas. Edit. XXI. Madrid. 2001.
- **Mariano Hernán Borinsky,** Fraude Fiscal. Un estudio histórico, comparado, de derecho penal, tributario, económico y sociológico. Edit. Didot. Colección Tesis doctorales. Bs As. 2013.
- **Matías Irigoyen Testa.** Fórmulas para cuantificar los Daños Punitivos. Publicado en Jurisprudencia Argentina, número especial sobre Derecho y Economía, Fascículo n 13, Abeledo Perro, marzo de 2011, pp. 83-96; SJA 30/3/2011.
- **Murat C. Mungan.** The Law and Economic of Fluctuating Criminal Tendencies and Incapacitation. 27/5/2012 Daft- M.C. Mungan. <http://ssrn.com/abstract=1987663>.
- **Naucke– Hassemer–Luderssen,** Principales problemas de la prevención general. Edit. BdeF. Montevideo Bs.As. 2006.
- **Nicholas Wapshott.** Keynes vs Hayek. 2edición. Barcelona 2013. Edit Planeta.
- **Nicolas Gonzalez-Cuellas Serrano, Ágata M. Sanz Hermida.** Problemas actuales de la Justicia Penal. Edit. Colex. Madrid.2013.
- **Nicolas Gonzalez-Cuellas Serrano, Ágata M. Sanz Hermida.** Problemas actuales de la Justicia Penal. Edit. Colex. Madrid.2013.
- **Pablo L. Emlek.** La idoneidad del ardid en la evasión fiscal y en la defraudación. Una visión superadora de la Corte Suprema. Revista de Derecho Penal Económico. Derecho Penal tributario XII. Director: Edgardo Alberto Donna. Edit. Ribinsal- Culzoni.
- **Philippe Van Parijs.** ¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política. Edi. Nueva Visión. 1992. BsAs.
- **Ricardo Manuel Rojas.** Las contradicciones del Derecho Penal. Edit. AD-HOC. BS.AS. Argentina. December 2000.
- **Richard A. Posner.** El Análisis Económico del Derecho. 2º Edición. Edit. Fondo de Cultura Económico México. 2007.

- **Robert Axelrod.** La evolución de la cooperación. El dilema del prisionero y la teoría de juegos. Edit. Alianza. Versión en español de Luis Bou. Madrid 1996. 1º reimpresión.-
- **Robert Axelrod.** The Complexity of Cooperation: Agent-Based Models of Competition and Collaboration, Princeton University Press, Princeton (New Jersey) 1997.
- **Robert Cooter y Thomas Ulen.** Derecho y Economía. Edit. Fondo de Cultura Económico. México.1998.
- **Robert. Pindyck, & Daniel Rubinfeld.** Microeconomía, Año 2013. 8º Edición. Ed. Pearson Education S.A. Madrid. España.
- **Santiago Mir Puig.** Estado, Pena y Delito. Edit. BdeF. Maestros del Derecho Penal nº21. Montevideo Uruguay. 2012.
- **Thomas Piketty.** El capital en el siglo XXI. Edit. Fondo de Cultura Económico. Bs.As. 2014.
- **Thrainn Eggertsson.** Economic behavior and institutions. Cambridge Surveys of Economic. Cambridge University Press. Reprinted 1990.
- **Tomas Molto Garcia.** Materiales de economía política. Edit. Ariel. 2º edición ampliada y actualizada. 2001. Barcelona. España.
- **William Poundstone.** El dilema del Prisionero. EditAlinaza. Matematicas.2012.
- **Winfried Hassemer.** El Fundamento del Derecho Penal Económico. Revista de Derecho Penal. Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa –I. 2013-2. Edit. Rubinzal- Culzoni.
- **Wolfgang Naucke.** Derecho Penal. Una introducción. Edit. Astrea. Bs.As. 2007.