



**Problemas actuales de derecho  
penal económico, responsabilidad  
penal de las personas jurídicas,  
compliance penal y derechos  
humanos y empresa**

**Estanislao Escalante**  
**Miguel Lamadrid**  
**Mauricio Cristancho**  
**Jorge Carvajal**  
*Directores y editores*



**Problemas actuales de derecho penal económico,  
responsabilidad penal de las personas jurídicas,  
*compliance* penal y derechos humanos y empresa**



**colección coyuntura**

**DERECHO**

# **Problemas actuales de derecho penal económico, responsabilidad penal de las personas jurídicas, *compliance* penal y derechos humanos y empresa**

Estanislao Escalante  
Miguel Lamadrid  
Mauricio Cristancho  
Jorge Carvajal  
*Directores y editores*

Grupo de investigación Escuela de Investigación en Criminologías Críticas, Justicia Penal y Política Criminal “Luis Carlos Pérez” - Polcrymed



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

CATALOGACIÓN EN LA PUBLICACIÓN UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Grupo de investigación Escuela de Investigación en Criminologías Críticas, Justicia Penal y Política Criminal "Luis Carlos Pérez" (Polcrymed) / Problemas actuales de derecho penal económico, responsabilidad penal de las personas jurídicas, compliance penal y derechos humanos y empresa / Grupo de investigación Escuela de Investigación en Criminologías Críticas, Justicia Penal y Política Criminal "Luis Carlos Pérez" Polcrymed ; Estanislao Escalante [y otros tres], directores y editores. -- Primera edición. -- Bogotá : Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2020.

492 páginas. -- : ilustraciones en blanco y negro, figuras, fotografías. -- (Colección coyuntura ; 8)

"Notas" bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN 978-958-794-169-2 (rústica). -- ISBN 978-958-794-171-5 (e-book). -- ISBN 978-958-794-170-8 (impresión bajo demanda).

1. Derecho penal -- Colombia -- Congresos, conferencias, etc. 2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas 3. Gobierno de la empresa 4. Prevención del delito 5. Delitos económicos 6. Corrupción I. Escalante Barreto, Caviedes Estanislao, 1977-, director, editor II. Lamadrid Luengas, Miguel Ángel, 1979-, director, editor III. Cristancho Ariza, Mauricio, 1982-, director, editor IV. Carvajal, Jorge Enrique, 1969-, director, editor V. Título VI. Serie

CDD-23 345.8610268 / 2020

***Problemas actuales de derecho penal económico, responsabilidad penal de las personas jurídicas, compliance penal y derechos humanos y empresa***

© Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá

© Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

© Vicedecanatura de Investigación y Extensión

© Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus

© Estanislao Escalante, Miguel Lamadrid, Mauricio Cristancho, Jorge Carvajal

© Editores

Primera edición, 2020

ISBN (papel): 978-958-794-169-2

ISBN (digital): 978-958-794-171-5

ISBN (IBD): 978-958-794-170-8

*Dolly Montoya Castaño*

**Rectora Universidad Nacional de Colombia**

*Hernando Torres Corredor*

**Decano Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales**

*Alejo Vargas Velásquez*

**Vicedecano de Investigación y Extensión**

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.



Este libro de memorias de evento académico II Congreso Internacional en Criminologías Críticas, Justicia Penal y Política Criminal: Derecho Penal Económico, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Compliance y Derechos Humanos y Empresas. Fue producido por el grupo de investigación Escuela de Investigación en Criminologías Críticas, Justicia Penal y Política Criminal “Luis Carlos Pérez” - Polcrymed cuyo director es el profesor Estanislao Escalante. [www.polcrymed.unal.edu.co](http://www.polcrymed.unal.edu.co)

### **Preparación editorial**

Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus  
Juan Sebastián Solano, Viviana Zuluaga

*Coordinadores editoriales*

Fabio Toro Lugo

*Coordinador académico*

Luis Miguel Solórzano

*Asesor administrativo y financiero*

Verónica Barreto Riveros

*Correctora de estilo*

Melissa Ruano Chacón

*Diagramadora*

Spilled Money

<https://morguefile.com/photos/morguefile/1/spilled%20money/pop>

*Imagen de portada*

### **Conversión a ePub**

Mákina Editorial

<https://makinaeditorial.com/>

# Contenido

## **Lista de siglas y acrónimos**

## **Introducción**

Estanislao Escalante B., Miguel A. Lamadrid, Mauricio Cristancho y Jorge E. Carvajal

## **¿Deben ir a la cárcel (al menos algunos) delincuentes de cuello blanco? Un análisis jurídico-económico de las penas en tiempos de responsabilidad penal de las personas jurídicas**

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

## **La actividad profesional de asesoría tributaria en el contexto de las organizaciones empresariales: una visión jurídico-penal**

Natalia Torres Cadavid

## **Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y delito de soborno transnacional**

Diego Araque y Esteban Vásquez

## **La prohibición de regreso como criterio de imputación en el ámbito empresarial**

Miguel Ángel Muñoz García

**La criminalidad empresarial y la “privatización” del derecho penal**

Renato Vargas Lozano

**Programas de cumplimiento: elementos para una política pública de prevención en el contexto colombiano**

Miguel Lamadrid y Estanislao Escalante

**Lineamientos sobre el fundamento y el alcance de la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento**

Juan Pablo Montiel

**La técnica en el *criminal compliance***

Raquel Montaner

**En defensa de los oficiales de cumplimiento. Desmitificando su responsabilidad penal en Colombia**

Mauricio Cristancho Ariza y Estanislao Escalante

**Derecho penal corporativo y *compliance*: criterios de imputación penal en las empresas**

Paula Andrea Ramírez Barbosa

**Delincuencia empresarial, derechos humanos y seguridad humana: reflexiones desde el derecho penal económico y de la empresa**

Julio Ballesteros Sánchez

**Despojo de tierras, empresas y derechos humanos**



Alexandra Valencia Molina

**Dos ideas para luchar contra la corrupción**

Andrea Liliana Prieto Larrotta

**El rol del derecho penal y la crisis financiera**

Eugenio Raúl Zaffaroni

**Derecho penal y mercado: apuntes para su conceptualización y para un programa de investigación en clave de criminología crítica**

Aura Helena Peñas Felizzola

**Criminología, megacorporaciones y psicosis planetaria**

David Valencia Villamizar y Diego Galvis Muñoz

# Lista de siglas y acrónimos

AED: Análisis Económico del Derecho

AP: Auto Penal

Art.: artículo

Arts.: artículos

Aut. cit.: auto citado

C-: sentencia de constitucionalidad

C. Const.: Corte Constitucional

Cap.: capítulo

*Cf.*: confrontar

CSJ: Corte Suprema de Justicia

Coord.: coordinador

Coords.: coordinadores

Dir.: Director

Dirs.: Directores

Dr.: Doctor

Dra.: Doctora

Ed.: Editor o edición

Eds.: editores

*Et al.*: y otros

EE. UU.: Estados Unidos

GJ: Gaceta Judicial

*Ibid.*: misma obra

*Idem*: misma obra, misma página  
IRS: Internal Revenue Service  
Lit.: literal  
M. P.: Magistrada o Magistrado Ponente  
MM. PP.: Magistrados Ponentes  
n. º: Número  
Num.: numeral  
*Op. cit.*: obra citada  
PIB: Producto Interno Bruto  
Rad.: Radicado o Radicación  
Sec.: Sección  
Sent. cit.: sentencia citada  
SMLMV: salarios mínimos legales mensuales vigentes  
SP: Sala Penal  
SS.: siguientes  
SU-: Sentencia de Unificación  
T-: Sentencia de tutela  
Trad.: traducción o traductor  
*v. g.*: Verbigracia  
Vol.: volumen  
VS.: versus

# **Introducción**

**Estanislao Escalante B.**

**Miguel A. Lamadrid**

**Mauricio Cristancho**

**Jorge E. Carvajal**

EL INSIGNE PENALISTA QUE INSPIRÓ EL NOMBRE DE NUESTRO GRUPO de investigación, Dr. Luis Carlos Pérez Velasco, afirmó hace cerca de cincuenta años, con indiscutible acierto, que uno de los principales fines perseguidos por los estatutos penológicos es la lucha contra la criminalidad. Esta afirmación debe entenderse en el marco de la finalidad preventiva del delito y como sanción efectiva del delincuente. Tal premisa, que luego de casi cinco décadas conserva plena vigencia, debe verificarse en la actualidad bajo el lente de los avances y desarrollos geopolíticos, económicos, tecnológicos, industriales y financieros que, innegablemente, han conllevado a que las modalidades delictivas sean cada vez más sofisticadas y complejas, con lo que se pone a prueba la eficacia de las instituciones tradicionales de nuestro sistema penal para prevenir, combatir y controlar el delito.

Escándalos con alcance transnacional como el soborno a altos dignatarios gubernamentales para la adjudicación de contratos, evasión de impuestos con la utilización de sofisticadas estructuras societarias ubicadas en los

denominados territorios no cooperantes, estafas financieras, defraudaciones en los mercados de capitales, corrupción en organizaciones internacionales y los cada vez más novedosos métodos de lavado de los recursos obtenidos en actividades ilícitas de toda índole son solo algunos casos de criminalidad actual que ponen en entredicho el potencial del sistema penal para hacerles frente y lograr su efectiva judicialización.

En el ámbito internacional, este dinamismo ha conllevado a que distintas legislaciones, en aras de afrontar y evitar este nuevo paradigma de criminalidad, hayan adoptado reglamentaciones en por lo menos tres escenarios: en primer lugar, tipificando la responsabilidad penal de las personas jurídicas; en segundo término, delegando a las estructuras empresariales los deberes de prevención de la criminalidad mediante los denominados programas de cumplimiento, regulando al paso lo relacionado con el oficial de cumplimiento como la persona encargada de su dirección, coordinación y control; y, finalmente, en la parte especial se han creado o ampliado tipos penales con el propósito de dar cobertura a las nuevas modalidades delictivas. La doctrina especializada, por su parte, ha encontrado allí un muy importante foco de estudio, con el objetivo de evaluar y presentar críticas a las estructuras tradicionales sobre las que se ha erigido el derecho penal, fomentando así interesantes debates que se han materializado en productos académicos de primera calidad y en permanente proceso de análisis y reflexión.

La Escuela de Investigación en Criminologías Críticas, Justicia Penal y Política Criminal “Luis Carlos Pérez” de la Universidad Nacional de Colombia no es ajena a dicha realidad y por ello ha trazado un camino enfocado a afrontar con el debido rigor estos debates, con el ánimo de generar espacios de discusión que permitan construir un

diagnóstico actual de nuestras instituciones jurídico penales, cuya revisión debe partir desde sus cimientos, ya sea para reemplazarlas o ajustarlas a los desafíos que han entrado en escena en el plano colombiano.

Un primer paso en esta dirección se dio precisamente con la creación de una línea al interior del grupo de investigación, dedicada al estudio del derecho penal económico y de la empresa, a la cual se convocaron estudiantes de pregrado y posgrado e investigadores con título de maestría y doctorado con experiencia en estas áreas específicas del conocimiento. Bajo tal línea se han adelantado un sinnúmero de debates y discusiones, que han sido socializados en coloquios, conferencias y artículos de opinión donde se han abordado algunas de estas temáticas.

Un segundo paso fue la destinación de uno de los principales eventos del grupo de investigación al estudio puntual de estos temas. Cada año se celebra el Congreso Internacional en Criminologías Críticas, Justicia Penal y Política Criminal, y precisamente el del año 2018, celebrado en noviembre en la ciudad de Bogotá, versó sobre derecho penal económico y de la empresa. Valga precisar que la novedad del evento generó enorme beneplácito e ingente acogida por parte de académicos, funcionarios públicos, empresarios y estudiantes, pues, ha de reconocerse, en el país no existen desarrollos legales ni académicos trascendentes en la materia.

Siguiendo el decurso del derrotero trazado, el tercer paso es la publicación del presente libro. Se invitó así a los autores que gozaron de mayor acogida en el Congreso Internacional, para que, a la luz de los debates que allí se suscitaron, aportaran un artículo científico a esta obra colectiva; adicionalmente, se convocó a connotados autores nacionales y extranjeros para que complementaran algunas

de las temáticas abordadas, con el propósito de ofrecer un producto integral a la comunidad académica.

Desde el punto de vista metodológico y con la finalidad de otorgarle una estructura académica adecuada, la publicación que el lector tiene en sus manos se dividió en cuatro unidades temáticas y cada una de ellas está compuesta por capítulos específicos que abordan un problema. La primera unidad recoge un análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde diversas ópticas; empieza con una mirada del derecho comparado con un artículo de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno sobre la criminalidad de cuello blanco y el análisis económico del derecho; seguidamente, se aterriza en el plano nacional desde dos visiones: por una parte, el profesor Diego Araque y el investigador Esteban Vásquez abordan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas bajo el foco del delito de soborno transnacional y, por otra, Renato Vargas Lozano examina la criminalidad empresarial y la privatización del derecho penal. Lo anterior es complementado por una valoración dogmática y otra práctica, aquella a cargo de Miguel Ángel Muñoz García, quien analiza la prohibición de regreso como criterio de imputación en tal ámbito, y la otra expuesta por Natalia Torres Cadavid, que profundiza en la actividad profesional de asesoría tributaria en el contexto de las organizaciones empresariales.

En la segunda unidad se abordan las instituciones de cumplimiento (*compliance*) y oficial de cumplimiento (*compliance officer*). El cumplimiento empresarial se analiza desde tres perspectivas: los profesores Estanislao Escalante y Miguel Lamadrid Luengas exponen los elementos que deben atenderse para una adecuada política de prevención en el caso colombiano, desde una comprensión y aplicación apropiada del *criminal*

*compliance*; Raquel Montaner, por su parte, explica los aspectos técnicos bajo la mirada del derecho penal, y la Dra. Paula Andrea Ramírez Barbosa enfoca su análisis desde el derecho penal corporativo, para dilucidar los criterios de imputación penal en las empresas. De cara al papel de los oficiales de cumplimiento, los profesores Juan Pablo Montiel, Mauricio Cristancho Ariza y Estanislao Escalante incursionan en el escenario de su responsabilidad penal. El primer autor establece los fundamentos que permiten su consolidación desde un plano dogmático, mientras que Cristancho y Escalante aterrizan al caso colombiano los criterios que se han desarrollado en cuanto a la atribución de compromiso penal, para advertir, a partir del análisis de las particularidades de la legislación y la jurisprudencia nacionales, sobre las dificultades de su aplicación.

La tercera unidad ofrece tres puntos de vista frente a las manifestaciones de la delincuencia empresarial. Inicialmente, Julio Ballesteros Sánchez se enfoca en el respeto a los derechos humanos y la seguridad humana como mandato para estos entes jurídicos; luego, Alexandra Valencia Molina analiza un caso de connotación nacional referido al despojo de tierras y la afectación a los derechos humanos, y, finalmente, Andrea Liliana Prieto Larrota propone dos ideas de cara a la lucha contra la corrupción.

La última unidad presenta una mirada criminológica de la delincuencia empresarial, empezando con un escrito del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, en el que aborda el rol del derecho penal frente a las crisis financieras; seguidamente, la Dra. Aura Helena Peñas Felizzola, desde el foco del derecho penal y de mercado, ofrece una ponderación a partir de la criminología crítica, y David Valencia Villamizar cierra el libro con un estudio crítico sobre los procesos de criminalización de las corporaciones multinacionales.



Así entonces y teniendo en cuenta que la investigación sobre la criminalidad empresarial será uno de los temas de preponderante debate en el futuro inmediato, con la presente obra se pretende ofrecer un aporte que provea herramientas y elementos de juicio suficientes para generar espacios de discusión, en los que se estudien con el debido rigor los desarrollos legislativos y doctrinales del derecho comparado, no para copiarlos o transcribirlos, como ha sido perversa costumbre del legislador patrio, sino para concluir con suficiencia científica si tienen o no cabida en nuestro ordenamiento, atendidas nuestra cultura y bases jurídicas, y con ello lograr un sistema penal más armónico y acorde a las realidades de la criminalidad actual.

# **¿Deben ir a la cárcel (al menos algunos) delincuentes de cuello blanco? Un análisis jurídico-económico de las penas en tiempos de responsabilidad penal de las personas jurídicas**

**Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno\***

EL PRESENTE ESCRITO RECOGE UN ANÁLISIS DE LA CRIMINALIDAD de cuello blanco desde distintas y novedosas perspectivas. Inicia con una contextualización a partir de la doctrina norteamericana, para analizarla seguidamente desde el prisma del Análisis Económico del Derecho (AED), evidenciando la función de la pena en este tipo de criminalidad y cómo en la práctica, a pesar de que incrementar penas se ha vuelto tendencia, se ha reducido la probabilidad de condena frente a estas conductas. Finalmente, se analiza la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no solo desde una mirada dogmática, sino como una alternativa práctica para atacar la criminalidad de cuello blanco.

**El daño social de los ilícitos de cuello blanco y los problemas de su persecución**

Pocos conceptos técnicos tienen un origen tan precisable como el de la noción de delincuencia de cuello blanco, introducida por Edwin Sutherland en su conferencia ante la Sociedad Estadounidense de Sociología en diciembre de 1939 y recogida en un artículo publicado unos meses después, en el que el autor afirmaba:

Este artículo se ocupa del delito en relación con los negocios. Los economistas saben mucho acerca de las formas de hacer negocios, pero no están acostumbrados a considerarlas desde el punto de vista del delito; muchos sociólogos tienen un buen conocimiento del delito pero no están acostumbrados a considerar sus expresiones en los negocios. Este artículo es un intento de integrar esos dos cuerpos de conocimiento. Dicho de forma más precisa, es una comparación del *delito en la clase alta o de cuello blanco, compuesta de profesionales y hombres de negocios respetables o al menos respetados, y el delito en la clase baja, compuesta de personas de bajo estatus socioeconómico*<sup>1</sup>.

Unos años después, en la primera edición de su clásico libro sobre la materia, Sutherland aportaba esta otra definición de delito de cuello blanco, cuyo carácter tentativo era puesto de manifiesto por el propio autor: "Puede definirse de modo aproximado como un delito cometido por una persona con respetabilidad y elevado estatus social en el transcurso de su ocupación"<sup>2</sup>.

Sutherland, como luego harían mucho otros autores, incluyó en la noción de "delincuencia de cuello blanco" comportamientos que no son ilícitos penales, sino administrativos, civiles o, incluso, meramente morales, pero no ilegales. Aunque Sutherland insistió en que su artículo tenía un objetivo exclusivamente académico<sup>3</sup>, su afirmación no resulta muy plausible<sup>4</sup>, estribando la razón

de esta inclusión precisamente en subrayar el contenido polémico de las definiciones y categorías jurídicas en la materia y mostrar cómo el legislador, así como los fiscales y los jueces, favorecen a los infractores de clase alta con sus descripciones legales y doctrinas jurídicas<sup>5</sup>.

El formidable éxito de Sutherland a la hora de mostrar el problema de la delincuencia de cuello blanco, sin embargo, no se ha visto acompañado de un comparable éxito práctico en su persecución. Si bien cada vez hay más conciencia de los enormes daños sociales que generan los ilícitos cometidos por prominentes miembros de nuestra sociedad en el ejercicio de su actividad profesional<sup>6</sup>, y aunque en los últimos años se ha producido un innegable incremento de la persecución de tales conductas, entre los especialistas (y la sociedad) reina la impresión de que existen graves déficits de aplicación: la mayor parte de la delincuencia de cuello blanco no se detecta, solo se persigue una pequeña parte de la detectada, solo se consiguen condenas en una pequeña fracción de los casos perseguidos y, finalmente, las penas impuestas resultan en muchos casos desproporcionadamente suaves en comparación con la gravedad de los hechos y el daño causado.

En las dos últimas décadas, entre las medidas para paliar los déficits aludidos destaca la introducción de la responsabilidad penal de los entes colectivos en ordenamientos jurídicos donde esta institución no existía. En muchos casos, el escaso tiempo transcurrido desde su instauración impide efectuar una evaluación de su desempeño. Sin embargo, esta sí es posible en Estados Unidos (EE. UU.), donde la responsabilidad penal de los entes colectivos se ha desarrollado de forma más completa, y resulta revelador (y preocupante) que exista una amplia coincidencia en que, especialmente en los casos de delincuencia llevada a cabo en el entorno de las empresas

más poderosas (y potencialmente lesivas), la persecución de los entes colectivos no ha supuesto una gran ganancia en términos de prevención, y de hecho ha tenido como efecto una menor persecución de los infractores individuales<sup>7</sup>.

La contribución que sigue examina, desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, las posibilidades de prevención de la delincuencia de cuello blanco, tanto desde el punto de vista de las sanciones aplicables a los individuos como de las aplicables a los colectivos. Para ello, a continuación se efectúa una rápida introducción al método del análisis económico del derecho penal, para luego pasar a ver la adecuación empírica de dicho modelo, especialmente en lo que se refiere a la delincuencia de cuello blanco, y cómo se proyecta esta teoría sobre la responsabilidad penal de los entes colectivos. Finalmente, se exponen las posibles objeciones axiológicas que tienen que ver con la (supuesta) falta de necesidad o justicia de la aplicación de sanciones privativas de libertad en este ámbito.

## **El análisis económico del delito y de las penas**

En su vertiente positiva, el análisis económico se desarrolla según el esquema del enfoque de la elección racional, presuponiendo que los delincuentes y el resto de los sujetos que participan o se ven afectados por la política criminal y el fenómeno delictivo responden de forma racional a los incentivos positivos y negativos<sup>8</sup>. Existe amplio acuerdo en que el primer uso sistemático de este tipo de análisis se debe a Beccaria y Bentham, quienes lo utilizaron (con éxito) para criticar los sistemas penales de su época. Ambos autores basaron su análisis positivo en

una concepción antropológica del hombre como ser sensual y racional guiado por su propio interés<sup>9</sup>, y su análisis normativo en la teoría ética utilitarista. A pesar de tan distinguido inicio, sin embargo, el ascenso del positivismo criminológico y sus planteamientos más deterministas (sean de corte biológico, social o mixtos) sepultó este modo de análisis basado en la racionalidad, que ya no resurgiría hasta casi doscientos años después, en 1968, cuando Gary Becker publicó su seminal artículo *Crime and Punishment: An Economic Approach*<sup>10</sup> y sentó las bases sobre las que se ha edificado el resto de la literatura.

Becker dividió su análisis en torno a dos extremos: el estudio de la decisión de delinquir (que tiene que ver con el análisis positivo) y el de la eficiencia en la asignación de los recursos en la prevención del delito (que tiene que ver con el análisis normativo en términos de eficiencia instrumental).

### **La decisión de delinquir**

Cuando se trata de las relaciones de Gary Becker con otras disciplinas, la palabra “tacto” no es lo primero que viene a la mente. Así explicaba este autor a los criminólogos cómo iba a quedar el campo de los estudios del delito tras la aparición de los economistas:

Una teoría útil del comportamiento criminal puede prescindir de las más especiales teorías de la anomia, de inadecuaciones psicológicas o de la herencia de rasgos especiales y, simplemente, extender el análisis de la decisión usual entre los economistas<sup>11</sup>

el cual

asume que un sujeto comete un crimen si su utilidad esperada supera la que obtendría usando su tiempo y

otros recursos en otras actividades. *Algunas personas, entonces, se convierten en "criminales" no porque su motivación básica difiera de las de otras personas, sino porque lo hacen sus costes y beneficios*<sup>12</sup>.

A partir de esta noción se puede construir una función que pone en relación el número de delitos que comete un sujeto con la probabilidad de que su conducta sea detectada y objeto de condena, el castigo que se le impondrá en caso de ser condenado y otras variables, como la renta que puede obtener mediante otras actividades (legales o ilegales) o su predisposición a cometer un acto ilegal<sup>13</sup>.

Como puede inferirse de lo anterior, las penas, que son incentivos negativos, no son el único medio para prevenir el delito. La teoría de la elección racional también predice que una mejora de los incentivos positivos, por ejemplo, mediante una mejora de las posibilidades laborales, tendrá así mismo efectos preventivos. Sin embargo, y dado el objeto de este trabajo, me ceñiré a esta única posibilidad preventiva<sup>14</sup>.

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

El análisis positivo de las penas en términos de *homo oeconomicus* indica que, dada una probabilidad suficiente de ser castigados, los eventuales delincuentes resultarán disuadidos. La siguiente cuestión (aún dentro del modelo y sin contrastarlo todavía con la realidad) es la eficiencia. En este punto, la percepción más usual entre los penalistas es que el objetivo del análisis económico es acabar con el delito y que para ello sigue una lógica preventivogeneral negativa con tendencia a la intervención policial masiva, la

exasperación punitiva y el recorte de derechos y garantías. No obstante, la preocupación del análisis económico no es acabar con el delito, sino otra muy distinta, que resumió Becker de forma brillante en su artículo fundacional:

¿Cuántos recursos y cuánto castigo debería usarse para aplicar diferentes tipos de legislación? Expresado de forma equivalente pero quizás más extraña: ¿cuántos delitos deberían permitirse y cuántos criminales deberían dejar de ser castigados?<sup>15</sup>.

En otras palabras, la cuestión para el AED no es establecer un sistema de “tolerancia cero” y prevenir todos los ilícitos, sino, antes bien, utilizar solo aquellas medidas preventivas cuyos costes no superen sus beneficios, incluso aun cuando ello suponga, contra el “mito de la no impunidad” conforme al que funcionan los sistemas de justicia penal, dejar de perseguir algunos (o muchos) delitos. La idea, por tanto, es minimizar los costes del delito, tanto los de los delitos en sí mismos como los costes de prevención, sean estos públicos o privados, y sea cual sea la estrategia de prevención<sup>16</sup>.

De nuevo, se ha de insistir en que para minimizar los costes mencionados se puede actuar utilizando medidas de muy distinto tipo, acudiendo a estrategias preventivas que afecten tanto a los incentivos negativos como a los positivos: el objetivo es lograr una distribución de recursos tal que el último euro gastado en una medida arroje el mismo saldo preventivo que el gastado en la más efectiva de las demás. Si este no es el caso, entonces procederá transferir recursos de una medida preventiva a otra<sup>17</sup>. Sin embargo, cumpliendo con el limitado objeto de esta contribución, voy a ocuparme solo del análisis de eficiencia de las distintas posibilidades punitivas, y lo haré distinguiendo dos cuestiones: la eficiencia comparativa de



los distintos tipos de pena y la eficiencia comparativa de distintas configuraciones de la misma pena.

- La cuestión del tipo de pena ideal siguiendo consideraciones de eficiencia presenta una respuesta unívoca: la pena ideal es la multa. A esta conclusión se llega considerando los costes que acompañan a las distintas sanciones. Mientras que mantener a una persona en la cárcel le cuesta dinero al Estado, al tiempo que se lo hace perder al preso y, en su caso, a su familia, obligarle a pagar una multa engrosa las arcas públicas<sup>18</sup>. Comparada con las interdicciones, la multa es también superior, puesto que, si bien una interdicción (una prohibición de conducir o una prohibición de ejercer una determinada profesión, por ejemplo) tiene un claro contenido aflictivo para el sujeto, no proporciona beneficios directos al Estado<sup>19</sup> y, además, la verificación del cumplimiento tiene unos costes administrativos (de vigilancia del cumplimiento) que no tiene la verificación del pago de la multa (el Estado solo tiene que mirar su cuenta o incluso exigirle al sujeto que le haga llegar el recibo del pago). Finalmente, la multa también triunfa en comparación con los trabajos en beneficio de la comunidad. Estos, al igual que la multa, son en principio aflictivos para el sujeto que los cumple, al tiempo que útiles para el Estado. Pero en principio, se dice, porque el trabajo en beneficio de la comunidad puede provocar ineficiencias en el mercado de trabajo, y lo hará más precisamente cuanto más útil sea el trabajo que se encargue a los penados: si es realmente necesario, tal trabajo debería ser llevado a cabo por el sector público con sus propios recursos o por el sector privado, pero no por el sector público a coste cero.

Así pues, en términos de eficiencia, la multa es superior al resto de las penas usualmente establecidas por los códigos penales actuales. Esto, sin embargo, no significa que tal sanción no tenga importantes problemas. Así, y para empezar, existen delitos que, por su contenido expresivo, desafían la imposición de una pena pecuniaria (piénsese en delitos sexuales o delitos contra las personas de carácter grave: ni siquiera una multa confiscatoria se vería como una sanción adecuada). Adicionalmente, siempre habrá sujetos que no pueden pagar multas, y para ellos no quedaría otra opción que acudir a otras penas.

El problema, siendo de la mayor relevancia, es común a todo análisis político-criminal que pretenda utilizar la pena de multa como sanción y que pretenda hacerlo en sociedades donde algunos o muchos de sus miembros tienen dificultades económicas. Insistir en que el problema es general a toda punición basada en multas no pretende insinuar que estamos ante un *mal de muchos*, lo que, como es sabido, solo consuela a los tontos. Pienso más bien que lo que se muestra es una inusual persistencia del problema que nos obliga a reformular la pregunta: ¿estamos dispuestos a dejar de utilizar este tipo de sanciones por el hecho indiscutido de que en ocasiones producen quiebras del principio de igualdad?

En el debate sobre el igualitarismo en teoría ética se suele discutir sobre la denominada "*levelling down objection*": si la igualdad es un valor absoluto, ¿significa esto que en una sociedad con un 99 % de población invidente habría que cegar al restante 1 %? Evidentemente, estamos ante ejemplos distintos, pero el núcleo de la discusión es común: ¿cabe imponer a un sujeto una sanción distinta y más dura que una multa que puede pagar con el argumento de que otros sujetos que han cometido el mismo delito no pueden pagar la multa e indefectiblemente

tendrán que someterse a la otra sanción? Por mero instinto, muchas personas nos inclinamos por responder afirmativamente a la pregunta. A pesar de ello, este tributo que hacemos al principio de igualdad quizás se apoye en exceso en nuestra tendencia a comparar a personas con abundantes recursos y bien capaces de pagar la pena de multa con otras sin recursos que no pueden en modo alguno pagarla. Ocurre, sin embargo, que no todos los que pueden pagar la pena se distinguen de forma tan extrema de los que no pueden pagarla, y también a estas personas de pocos, pero no inexistentes recursos, las estaríamos enviando a la cárcel cuando pueden pagar la multa, con el argumento de que otros no pueden hacerlo. En cualquier caso, se responda como se responda esta última cuestión, cabe recordar la conclusión previamente alcanzada: *ceteris paribus*, el AED se inclina por la pena de multa, no por ninguna otra, mucho menos la de prisión.

- Dado que, según se adelantó, no siempre será posible responder al delito con la pena más eficiente, la de multa, la siguiente cuestión es, dentro de cada tipo de pena, cómo ha de configurarse esta desde el punto de vista de la eficiencia. El AED comienza su análisis de la pena señalando que tanto los costes como los beneficios que resultan de la comisión del delito son magnitudes variables e inciertas (si bien los costes suelen ser más inciertos que los beneficios, por la sencilla razón de que la mayoría de los delitos tienen una probabilidad de condena inferior, de hecho, muy inferior al 50 %). Ello obliga a acudir a la noción de “valor esperado”.

Centrándonos en los costes, y dentro de estos solo en las sanciones legalmente previstas<sup>20</sup>, el valor esperado de una sanción se obtiene en principio multiplicando su magnitud por la probabilidad de su imposición. Así, desde la visión del *homo oeconomicus*, el valor esperado de la sanción de

un delito que tenga prevista una pena de 10 años de cárcel y para el cual la probabilidad de condena se sitúe en un 10 % será de un año ( $10 \times 0,1$ ), valor esperado que coincidirá con el de una pena de 2 años cuya probabilidad de condena se sitúe en el 50 % ( $2 \times 0,5$ ). Dado que el valor esperado de ambos productos es el mismo, y siempre siguiendo dentro del modelo del *homo oeconomicus*, ambas combinaciones pena/probabilidad tendrán el mismo valor disuasorio. Sin embargo, sus costes son bien distintos.

Conseguir una probabilidad de condena más elevada supone invertir en los actores del sistema de justicia penal, es decir, en los cuerpos policiales, en el ministerio fiscal y en la judicatura<sup>21</sup>. Conseguir una pena más elevada, sin embargo, no tiene más costes que lograr reunir a un número suficiente de parlamentarios un día dado y que estos voten a favor del mencionado incremento<sup>22</sup>. Volviendo al ejemplo propuesto, la pena de diez años de prisión con una probabilidad de condena del 10 % es más eficiente que la pena de dos años con una probabilidad de imposición del 50 %, porque exige menos inversión en el sistema de justicia penal.

En cuanto a los costes de ejecución, si se considera el delito desde el punto de vista social, esto es, como fenómeno general, mientras el coste esperado de la sanción sea el mismo, los costes de ejecución no variarán en una u otra combinación. En la combinación "2 años de prisión/ 50 % condena" habrá más delincuentes cumpliendo sanciones más leves, mientras que en la combinación "10 años de prisión/ 10 % condena" tendremos a menos delincuentes cumpliendo sanciones más graves, pero el monto total de las sanciones impuestas será el mismo. Imaginemos que en un año se han cometido 100 delitos de robo con fuerza en las cosas, y que en el sistema A la probabilidad de condena es del 10 % y la pena es de 10 años, mientras que en el

sistema *B* la probabilidad de condena es del 50 % y la pena es de 2 años de prisión. Como es fácilmente comprobable, en ambos sistemas el número total de años de prisión a los que cada año se condena a los delincuentes de uno y otro sistema es el mismo, 100, aunque la distribución sea distinta (el primer sistema condena a 10 personas a 10 años cada una y el segundo condena a 50 personas a 2 años cada una).

Si el análisis se detuviera en este punto, la respuesta a la pregunta sobre la estructura más eficiente de *la sanción no podría ser sino una: la sanción ideal es aquella cuya gravedad tiende al infinito y cuya probabilidad de imposición tiende a cero*. Una conclusión de lo más deprimente y que pondría en serios apuros la viabilidad del análisis económico como herramienta auxiliar de la política criminal, puesto que tales sanciones serían, con total seguridad, lesivas del principio de proporcionalidad y, por lo tanto, inaplicables en nuestros sistemas<sup>23</sup>.

Podríamos decir que una primera limitación a esta conclusión es “interna” al modelo. Se trata del problema denominado “disuasión marginal”. Para ejemplificarlo, piénsese en la situación que se produce al prever penas muy elevadas para delitos de gravedad media. Si un delito de gravedad media (pongamos: robo con violencia) se castiga con una pena muy elevada (pongamos: de 20 a 30 años de prisión), se podría incentivar a quien comete el robo con violencia a la comisión de otros delitos, teniendo en cuenta que, confrontado con la elevada pena del delito menos grave, puede considerar que tiene poco que perder con la comisión del más grave, y quizás algo que ganar (así, en el caso del robo con violencia, la comisión de un homicidio puede incrementar las posibilidades de fuga o servir para dificultar la ulterior identificación del delincuente). De este modo, cobra sentido mantener cierta

proporcionalidad entre los delitos y las sanciones y castigar los delitos más graves con penas más graves. Con todo, las limitaciones más importantes a las conclusiones de eficiencia alcanzadas no tienen un origen interno al modelo, sino externo a él: la investigación empírica sobre cómo reaccionamos los seres humanos ante los incentivos negativos. Por tratarse de la objeción más relevante, merece la pena dedicarle un apartado propio.

## **Del modelo a la realidad: la investigación empírica sobre la disuasión**

### **Los estudios sobre la disuasión y la relación entre probabilidad y severidad**

La cuestión de si el derecho penal tiene o no efectos preventivos -objeto de especulación desde hace siglos- alcanzó un cenit de acaloramiento en los años setenta que, aprovechando las ostensibles mejoras en los métodos de investigación empírica, llevó en 1978 a la estadounidense National Academy of Sciences a encargar un informe a varios expertos. En su introducción al informe (cuyo título no deja espacio a la duda sobre su contenido: *Disuasión e incapacitación: estimación de los efectos de las sanciones penales sobre las tasas de delito*), los editores, ante la limitada validez de los estudios empíricos disponibles y el número de explicaciones alternativas que podían esclarecer los resultados, optaron por ejercer lo que ellos mismos denominaban “cautela científica” y alcanzaron la siguiente conclusión: “Todavía no podemos afirmar que las pruebas disponibles aseguren una conclusión positiva sobre [los efectos de] la disuasión”<sup>24</sup>.

En los años que nos separan de dicho documento, la disponibilidad de estudios más fiables conducidos