

LA EFICIENCIA ECONÓMICA DE LA LEY PENAL

Economic Efficiency of the Criminal Rule

EMILIO EIRANOVA ENCINAS*

Fecha de recepción: 23 de diciembre de 2021

Fecha de aceptación: 27 de febrero de 2022

Abstract: This work examines the efficiency of the criminal law. To do this, the author designs a model in which the economic variables that affect the efficiency of the penal system are taken into account. The author also explains the way in which a regulatory intervention by the State provides a deceptive feeling of security. As it also uses the criminal rules to release the workload of courts. In the process of seeking criminal efficiency through regulatory intervention, a spiral of inefficiency is generated and situations are caused to which unfair solutions are applied. As a consequence, the liberal principles that inspired criminal law are vanishing. This study represents a radical change from the point of view of criminal dogmatics.

Keywords: Criminal; Sanction; Economic Analysis of the law; Penalty function.

JEL classification: A12; B53; D74; F51.

Resumen: En este trabajo se examina la eficiencia de la norma penal. Para ello, el autor idea un modelo en el que se da cuenta de las variables económicas que afectan a la eficiencia del sistema penal. También, el autor explica la manera en que la intervención normativa del Estado procura la sensación general de seguridad de forma engañosa, a la vez que también utiliza las normas penales para descargar de trabajo a los tribunales. En el proceso de búsqueda de la eficiencia penal a través de la intervención normativa, se genera una espiral de ineficiencia y se provocan situaciones en que se aplican soluciones injustas. Como consecuencia de ello los principios liberales que inspiraron del Derecho penal van desapareciendo. Este estudio supone un cambio fundamental en el punto de vista de la dogmática penal.

* Doctorando Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

Palabras clave: Penal; Pena; Análisis económico del derecho; Función de la pena.

Clasificación JEL: A12; B53; D74; F51.

I.

EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA NORMA PENAL

La dogmática penal se ha ido elaborando desde unos presupuestos sencillos. Atendiendo a alguno de los fines de la pena, se han ideado distintas propuestas con las que explicar la razón de la ley penal y los límites para la creación e interpretación de la norma penal. De la misma forma, se ha buscado en la acción humana aquello que la hiciera relevante para el Derecho penal. Así, dependiendo de lo que se dijera sobre esas dos cuestiones, se elaboraba la teoría del delito, de la autoría y la participación. No obstante, a medida que avanzaba el Estado positivista era cada vez más difícil sostener una teoría del delito uniforme que abarcara los momentos de la creación normativa, la aplicación de la norma penal y la ejecución de la pena. A su vez, la proliferación de normas penales provocaba que se tuvieran que elaborar otros fundamentos para justificar la intervención penal y, también, desarrollar sistemas alternativos para la imputación del delito distintos a la culpabilidad. Ante estas dificultades, se han elaborado una cantidad ingente de propuestas, todas mixtas, eclécticas, sin que con claridad se haya podido enunciar un principio sobre el que sostener el Derecho penal de hoy. Como se verá en las siguientes páginas, ni mucho menos pensamos que las circunstancias descritas sirvan para pensar que el Derecho penal actual esté en un momento evolucionado. Al contrario, tiene todas las notas para que lo podamos llamar atávico. Pero, no es menos cierto, que podemos encontrar un principio nuclear único que lo domina y desde el que es posible entenderlo. Ese principio es el de *eficiencia*. Esto es lo que nos proponemos desarrollar en este trabajo. Por lo tanto, en este trabajo nos centraremos únicamente en indicar la razón desde la que, plausiblemente, se desarrolla el Derecho penal en la actualidad. A partir de ahí, y en cuanto afecta directamente a la función de la pena como

fundamento del Derecho penal, es que se podrá elaborar un sistema doctrinal explicativo del Derecho penal, consecuente con el principio que aquí describimos.

1.1. El monopolio de la fuerza y la capacidad normativa del Estado positivista

El positivismo jurídico reconoce al Estado la capacidad de dictar disposiciones normativas prácticamente sin límites. A la vez, en los sistemas jurídicos positivos, se reconoce al Estado *el monopolio que dé la fuerza*. De esta forma, es el Estado quien, a través del monopolio de la fuerza, se encarga de mantener la cohesión y eficacia del conjunto de normas que se aplican en la sociedad¹.

En todo caso, el Derecho penal sirve para analizar el contenido *ideológico* que un Estado está dispuesto a defender con el uso de la fuerza máxima. En efecto, pues el Derecho penal se asienta en la protección de determinados bienes o, si se quiere, valores, por lo que, su análisis nos da a entender qué es aquello que la sociedad o, en su caso, el Estado valoran más. Ello es lógico, el Derecho penal tiene como misión —y ésta no ha cambiado a lo largo de la historia—, mantener la consistencia del conjunto social lejos del peligro de disolución por las acciones más peligrosas. Por lo tanto, pese a la pirámide normativa de Kelsen², y cualquier otra forma con la que se quiera explicar el sistema normativo, la *consistencia* normativa está sustentada por la norma penal y ésta, a su vez, por los valores que se reconocen en una

¹ Bajo el enfoque de la *ley común*, la acción legislativa del Estado está limitada, pues, no iría más allá del reconocimiento de la norma que previamente ha aparecido en la sociedad (Hayek, F. A. (2007), pp. 144; (2014), pp. 45-46). Desde este punto de vista, los límites para la elaboración de la ley penal por parte del Estado son, de forma positiva, la moral y, de manera negativa, como hemos dicho en otro lugar, ese poder convive con el poder de los ciudadanos. Los hombres libres saben que tienen en el Estado un posible enemigo para su libertad y, así, conservan cierta autonomía en el uso de la fuerza no sólo para defender sus personas y su propiedad, sino para defenderse, en su caso, del Estado (Eiranova, E. (2020), p. 1s.s).

² Dirá Kelsen que el Derecho positivo es independiente de cualquier *ideología* (Kelsen, H. (1988) *Introducción*), cuando en realidad da cabida a cualquier tipo de *ideología*, que no es lo mismo.

sociedad. Por ello, no debe confundirse el orden jerárquico de las leyes con la ley que cohesiona el sistema. En efecto, si atendemos al orden de fuentes, la constitución puede encabezar, en la idea de Kelsen, la prelación normativa, pero, si atendemos a la fuerza, la ley penal es la única norma monopolizadora de la fuerza y es ella, por lo tanto, la que cohesiona el sistema normativo dándole vigencia y efectividad. En este sentido, cambia el acento de la mentalidad que hasta ahora se haya podido tener del sistema normativo. Pues, lo fundamental, en orden a la consistencia e incluso interpretación de las normas, no es el sistema de fuentes —el cual es operativo en el nivel de la creación e interpretación de las normas—, sino la ley penal, razón última de la *consistencia* de todo el sistema de normas y sus valores.

1.2. La ley penal como «lugar» de medición de la eficacia de un sistema normativo

En consecuencia, es en la ley penal donde se puede medir la *eficiencia* respecto a las condiciones mínimas del mantenimiento equilibrio *social* soportado por las normas. Dicho de un modo gráfico: si el «edificio» normativo descansa sobre la eficacia de la norma penal, evidentemente, cualquier defecto en el sistema normativo repercute en el penal y, al revés, sin el soporte de la ley penal, el «edificio» normativo es imposible que se sustente. Por lo tanto, entre la norma penal y el resto del ordenamiento jurídico existen las siguientes relaciones fundamentales en orden a la eficacia:

- A) Relación *sustentante* o de *soporte*: Es la ley penal la que garantiza la eficiencia del sistema normativo.
- B) Relación de *consistencia*: Es la ley penal la que da cohesión eficaz al sistema jurídico.
- C) Relación de *subsistencia*: Es la ley penal la que garantiza la viabilidad del sistema jurídico en la ordenación de las acciones humanas futuras.
- D) Relación de *tensión* o *fatiga*: Son los efectos que el Ordenamiento jurídico provoca en la ley penal. Esta relación es de *tensión*. En efecto, pues la *tipicidad* de la ley penal ha de

soportar el movimiento constante y más dinámico del resto del ordenamiento jurídico y los valores que pueda haber en una sociedad. Lo cual se manifiesta en la propensión a la creación de normas penales y, categorialmente, en la más o menos rigidez de la tipicidad penal para dar entrada o no a interpretaciones más o menos flexibles del sistema normativo. En el siguiente esquema vemos qué sentido puede tener la ley penal bajo un sistema común o positivista, y qué elementos son importantes a la hora de considerarla en cada uno de los sistemas. La tensión en la formulación, interpretación y aplicación de la norma penal puede interpretarse creemos que mucha claridad.

Ley común	Ley positiva
Tipicidad fuerte	Tipicidad laxa
Ley Penal	
Valores absolutos	Valores relativos
MORAL	NORMA POSITIVA

Efectivamente, enseguida vemos que podríamos hablar de más relaciones e, incluso, de otras derivadas de éstas (elasticidad, resistencia, deformación, pandeo, etc.); no entraremos en ellas aquí. Efectivamente, si las consideramos podríamos llegar a formular muchos modelos tensoriales más complicados que servirían para ejemplificar muchos de los escenarios normativos penales que nos encontramos en la actualidad. En este trabajo será suficiente, ya que no entraremos de lleno en este punto, que, sencillamente, sepamos a que nos hemos referido al hablar de tensión.

I.3. Ideología y derechos fundamentales

Estamos teniendo en cuenta la ley penal y su relación con la ley positiva en orden a la *eficacia*. Pues bien, una nota importante, antes de avanzar más, es la de aclarar qué lugar ocupan los derechos fundamentales en un sistema positivista. Como hemos tenido

ocasión de explicar³, los derechos fundamentales no reúnen hoy una condición que permita hablar de ellos de manera axiológica como *absolutos*. Es decir, son inútiles para identificar núcleos fuertes de contención a la acción legislativa del Estado. En efecto, pues es imposible encontrar en ninguno de ellos, ni siquiera el de la vida, un núcleo de definición inexpugnable y claro. Así, están a la deriva del pensamiento *ideológico* de la época, por lo que, como decimos, son interpretados y reinterpretados, en unos u otros sentidos, según la voluntad del legislador y los tribunales. En este sentido, podemos decir, que no existen límites a la acción normativa del Estado ni en el reconocimiento de la *ley común*, ni tampoco en el contenido mínimo de los derechos fundamentales.

Ahora bien, en toda *ideología* siempre existen una serie de *ideas fuertes* que provocan que unos derechos fundamentales predominen sobre otros o, también, que, en la definición y contenido de un determinado derecho fundamental, se haga preponderar una dimensión más proclive a los «intereses particulares» o a los «generales», e, incluso, a que se creen nuevos derechos fundamentales (ej. actualmente de los animales). En estos casos, el Derecho penal, como forma fuerte de la ley positiva, sigue a la *ideología* del legislador castigando las desviaciones respecto a la interpretación *ideológica* de los derechos fundamentales. Y ahora debemos observar algo importante que sucede en nuestras sociedades, esto es, la propensión general al crecimiento del ordenamiento jurídico. En este sentido, existe, en la misma dirección, el fenómeno del aumento del número de normas penales. Por lo tanto, sí que podemos establecer una relación empírica bastante clara: a mayor relativismo moral, más indefinición de los derechos fundamentales y, con ella, una mayor intervención del Estado. En este sentido, no es que no existiesen derechos fundamentales antes de 1789, lo que se produjo en la Carta de derechos francesa fue que se pusieron por escrito unos concretos derechos fundamentales, y, con ello, dejó de sostenerse que en la moral cada individuo llevaba impresos esos derechos. Dicho de otra forma, las cartas de derechos fundamentales trasladaron la definición de hombre y su defensa de cada individuo a un

³ Eiranova, E. (2020) b) p. 96.

tercero, el Estado, el cual pasaba ahora a definir qué era o no ser persona.

Hoy, que podemos ver el pobre resultado de esas cartas de derechos humanos, podemos decir que es la *ideología*, el *derecho positivo* y la *coacción* las que descubren el *sentido* de la *narrativa dominante fuerte en lo social* en las sociedades modernas. En consecuencia, dirigiendo nuestra mirada al Derecho penal sustantivo y procesal penal, y examinando el modo en que en él actúa la *ideología* y el *principio de eficiencia*, conseguiremos ver el «corazón» mismo del Estado y de la *ideología* del siglo. Así, el Derecho penal y procesal penal serían, en cada momento, una expresión *ideográfica* del núcleo fuerte de la *ideología* de un Estado⁴.

1.4. Los fenómenos que dan cuenta Derecho penal en orden a la medición de su eficiencia.

Hasta ahora nos hemos referido a la relación del Derecho penal con el resto del ordenamiento jurídico en orden a la eficacia. Pues bien, en la medida en que no pueden indicarse valores absolutos en el ordenamiento jurídico, por las razones ya apuntadas, el gran principio del que puede hablarse es el de *eficiencia*. En efecto, si lo que importa es que el sistema sea eficaz, todos estaremos conformes en que en su eficacia sea eficiente, esto es, que no se despilfarran los recursos que existen para su funcionamiento. Parece que no es posible encontrar ningún principio realmente transitivo que, en la actualidad, permita entender conjuntamente el Derecho penal y el procesal penal. Cualesquiera otros valores que se puedan decir pueden ser entendidos desde la eficiencia, mientras que, al revés, no sucede. La eficiencia, puede decirse entonces, que es el gran principio que aparece en un sistema inmoral o, si se quiere, relativista en la definición de ser humano. Políticamente el fenómeno no deja de ser curioso, pues, siendo las ideologías socialistas

⁴ Llamamos *ideología* a las pocas ideas fuertes con las que una sociedad se organiza o donde obtiene la explicación de las normas en que se organiza. Llamamos *ideografía* al conjunto de normas, instituciones y distintas estructuras organizativas a que da lugar la *ideología*.

y comunistas las que más han atacado la moral cristiana, han acabado por poner el Derecho penal, es decir, la «moral» del Estado, en manos del gran principio liberal utilitarista de la eficiencia.

Los fenómenos en los que se muestra el Derecho penal en orden a su *eficiencia* son cinco: la *ideología*, el *índice de tolerancia delictiva*, el *número de normas penales*, la *efectividad de las penas* y la *relevancia del principio dispositivo*.

Los cinco fenómenos pueden estudiarse a la vez, en la medida que guardan cierta *relación funcional*. De la relación resultará una determinada *eficiencia en lo social* del Derecho penal. Una nota importante antes de seguir, en este trabajo, en el que describimos una situación evidente y empírica del Derecho penal, con la finalidad de encontrar su principio nuclear, no entraremos en los análisis tensoriales a los que nos hemos referido antes. Bastará, por lo tanto, con que pongamos en relación eficiente los fenómenos que, efectivamente, podemos constatar.

Veamos cómo podemos concretar la *eficiencia* penal.

1.5. La eficiencia penal

El Derecho penal *es eficiente en la medida que consigue un nivel de tolerancia social pacífica a la comisión de delitos*. Es decir, el Derecho penal no persigue evitar que se cometan todos los delitos que puedan acaecer. Es más sutil, pretende que la sociedad conviva con un número de delitos, es decir, el Derecho penal procura la tolerancia delictiva por parte de la sociedad.

El estado de paz social no es un escenario paradisiaco en el que no existen conflictos y no se cometen delitos. La paz social a la que se refiere la ley penal es aquella en la que socialmente se consigue *soportar un nivel de tolerancia a los delitos que en ella se producen*. Dicho de otro modo, la ley penal es *eficiente* cuando el Estado consigue mantener la *estabilidad del conjunto de lo social*. La estabilidad social depende de que exista una *sensación general de seguridad* en el «hombre masa»⁵. Por lo tanto, no se trata de

⁵ Ortega y Gasset, J. (1930), pp. 52 y ss.

conseguir resultados efectivos, sino *de que se tenga una percepción de seguridad por la masa social*. Ello explica que, a la vez que se aplica la ley penal, existan una serie de medidas consistentes en producir efectos en la sensación de seguridad y, otras, que lo que pretenden es aumentar la *eficiencia* de la *maquinaria penal* a costa incluso de la *justicia retributiva*. Por lo tanto, la *justicia retributiva* queda en medio de la *sensación general de seguridad* y la *posibilidad material de hacerla efectiva*. Si se consigue la paz social a costa de la justicia retributiva, ello puede ser una opción. Así, lo económico, por un lado, y las medidas tendentes a procurar la sensación de seguridad (que no son económicas) son relevantes a los efectos de proceder a medir la eficiencia del sistema penal.

Si las ofensas personales justifican la *justicia retributiva* a través de la legítima defensa, el Estado, desde que monopoliza el poder, ya no puede entenderse como ofendido, y pasa a convertirse en un *procurador de paz social*. Es decir, es un proveedor de servicios que, por prestárselos a todos (al ostentar el monopolio de la fuerza), ha de ser *eficiente*. Por ello, a través de la *ley positiva* y su defensa (usando la pena), niega que la justicia penal sea en todo caso retributiva, la finalidad en su acción no puede ser otra que resultar *eficiente*.

A poco que nos fijemos, enseguida nos daremos cuenta de que un Estado, con estas características, se desliga en su constitución de los ciudadanos. En efecto, si se hubiera constituido sobre la voluntad de los ciudadanos, sería posible, como consecuencia inmediata, que, si el Estado dejara de castigar los delitos cometidos contra los ciudadanos, en aras de la paz social, y, precisamente, por el principio de la justicia retributiva, el ciudadano ofendido y no satisfecho por la actuación del Estado, pudiese ejercitar la acción que el Estado se ha negado a ejercitar. Bajo el imperio del positivismo jurídico el ciudadano es ninguneado por Estado; se le trata como un simple sujeto del que se espera que, una vez haya delegado el poder en el Estado, no lo reclame nunca más⁶. En definitiva, para el Estado positivista y la *ley penal* lo fundamental es mantener la consistencia del *conjunto colectivo*.

⁶ Hobbes, Th. (1642), III.3.

I.6. Presentación del modelo de medición

Para ir presentando nuestro modelo, diremos que las sociedades, bajo la acción del Estado positivista, están «dispuestas» a pagar un precio para conseguir *seguridad*. Los Presupuestos Generales del Estado que se aprueban cada año nos dicen qué cantidad de recursos dedica una sociedad a satisfacer distintos intereses generales y, dentro de ellos, cuánto de ese dinero se dedica a la seguridad y la justicia. De ello se derivan dos consecuencias inmediatas:

- a) Los Presupuestos Generales del Estado pueden considerarse como un conjunto económico de ingresos y gastos cerrado, a través del cual el servicio que vamos a considerar (el de seguridad) podría interpretarse en términos de utilidad marginal respecto al resto de servicios con partida presupuestaria.
- b) Al ser los Presupuestos Generales del Estado cerrados, nuestro modelo es, necesariamente, estático. Esto tiene enormes ventajas, pues podremos analizar el dinamismo de la eficiencia penal a través del uso de la estática comparativa, es decir, año tras año.

A partir de aquí, nos referiremos a la justicia o la seguridad de forma indistinta.

La *seguridad* viene determinada por el *índice de tolerancia delictiva*, es decir, a cambio de disfrutar de una *sensación general de paz*, los ciudadanos pagan un precio, a través de sus impuestos, para dotar al Estado de una estructura material y personal que permita la investigación, persecución, enjuiciamiento del delito y ejecución de la pena. El *índice de tolerancia delictiva* se mide a través de la *sensación social frente al delito*. Es lo que se llama comúnmente estado de «*alarma social*». Este fenómeno no puede cuantificarse de ningún modo, pero es evidente. Ante determinadas situaciones ofensivas, ciertos grupos, o la sociedad en conjunto, se alteran de tal forma que el Estado reacciona para que esto no se produzca. De manera que, para evitarlo, el Estado actúa a través de la norma penal y con los recursos económicos que tiene. Solamente, con perspectiva histórica y pulsando la sensibilidad social en cada momento, podremos percibir cómo y cuándo se ha desatado el

estado de «alarma social». En las sociedades democráticas actuales, es el gobierno, la oposición, los medios de comunicación, los que, como válvulas de «sensibilidad» social, van dando cuenta del estado de tolerancia delictiva. Desde ahí, es que se producen las reacciones legislativas penales en un sentido *ideológico* u otro, procurando, como decimos, mantener la paz social.

II.

LA EFICIENCIA DE LA NORMATIVA PENAL SUSTANTIVA, PROCESAL Y DE EJECUCIÓN DE LA PENAL

El principio de *eficiencia* es, por lo que hemos dicho, el que caracteriza la acción penal del Estado. Pues bien, en este apartado analizaremos de qué manera tenemos que considerar los fenómenos que tenemos por relevantes para estudiar la eficiencia penal, de qué manera ello afecta a la dogmática penal y el modelo que proponemos para el estudio de la eficiencia de la norma penal. Recordemos que hablamos también de que la eficiencia penal depende de la sensibilidad social ante la seguridad o inseguridad y que en ello también interviene el Estado con las normas. Pero, esta segunda parte del modelo, la veremos en el punto cuarto de este artículo.

II.1. La dogmática penal es hoy una ilusión. Sólo es relevante la consecución de un índice de tolerancia delictiva

La relación de los cinco fenómenos que hemos enunciado (I.4) y que se relacionan en la acción penal del Estado hay que estudiarlos en tres niveles:

- a) El primero, tiene en cuenta la relación entre el Derecho penal sustantivo y el procesal penal. Aunque estas dos disciplinas del derecho se presentan de modo separado, la acción de seguridad del *Estado* opera desde el momento que se idea y aprueba la norma penal y alcanza a todos los medios policiales, judiciales, penitenciarios, etc., que se utilizan para que la

fuerza de la norma penal sea efectiva. Es decir, es relevante todo el itinerario de la norma penal.

- b) El segundo, se refiere a los medios materiales y personales de los que dispone el Estado para hacer efectiva la persecución, el enjuiciamiento del delito y la ejecución la pena. Este nivel es importante. Gracias a él podemos entrar en a cuantificar.
- c) En tercero, atenderá a la función de la pena. Los penalistas llevan discutiendo desde Sócrates cuál es la función de la pena: prevenir el delito, confirmar la vigencia de la norma, evitar comportamientos delictivos futuros, reinsertar al delincuente, castigar, etc. Los distintos enfoques han dado lugar a modos diferentes de concebir el Derecho penal y el Derecho procesal penal⁷.

⁷ Así puede apreciarse la importancia, cada vez mayor, de la relación entre las fases de determinación y ejecución de la pena. En ello se percibe la continuidad entre el Derecho penal sustantivo, el procesal y la ejecución penitenciaria de la pena privativa de libertad o las distintas medidas que se prevén para la aplicación de las distintas penas y las medidas de seguridad. Lo interesante del debate es que, por la importancia del Estado positivista, la «culpabilidad» tiene cada vez menos importancia en cada uno de esos momentos. El principio de determinación de la pena según el «caso, lleva a conceder más o menos amplitud moduladora al juez a la hora de imponer la pena y, en este sentido, salirse de la regla de la culpabilidad. Por ejemplo, Hans Schultz diría que la culpabilidad sólo debería tener efecto como fundamento y como limitación de la pena, y que la ley, en consecuencia, no debería exigir imponer en toda su extensión la pena correspondiente al grado de culpabilidad, cuando ello no fuera necesario para la protección de bienes jurídicos o la resocialización (Schultz, H. (1974), p. 63). Roxin, por su parte, advierte claramente el hecho de que, lo que se trata con la «culpabilidad» y con la «retribución» que supone la pena, es el mantenimiento de la «paz social». Habla Claus Roxin de una finalidad «político-social» (Roxin, C. (1977), p. 5). Todos los argumentos de Roxin están en orden a justificar que el Estado satisfaga la finalidad preventivo general positiva de la norma, que la sociedad tenga conciencia de que se imponen penas y, en su caso, que al delincuente se le castigue, modulando el castigo según a sus circunstancias. Resumidamente, la nueva dinámica del Estado, en el modo en que utiliza las penas, la explica muy bien Lackner: «Mientras tanto, se ha convertido en dominante la concepción de que el Derecho Penal es, en el fondo, un Derecho Protector y que, por consiguiente, sólo puede ser utilizado por el Estado como medio para asegurar la convivencia pacífica en la sociedad» (citado por Roxin, C. (1977), p. 9). De esta forma, han quedado postergadas las doctrinas que concebían la aplicación de la ley penal desde una concepción basada en la libertad individual y la culpabilidad. En este sentido, tendríamos a todos los autores que abogan por la «pena exacta», es decir, aquellos que defienden que la pena debe coincidir exactamente con el grado de culpabilidad del autor (citaré aquí a mi querido y difunto amigo: Kaufman, A. (1961), p. 65).

Pues bien, la fuerza coactiva del Estado busca ser *eficiente* desde la *ideación* del delito y hasta la *aplicación* de la pena, por lo que, distinguir entre unas y otras finalidades de la pena para, desde una de ellas, elaborar dogmáticamente el derecho penal carece de sentido⁸. Desde el punto de vista del *Estado*, cada una de esas finalidades son relativamente importantes y se tienen todas en cuenta tanto a la hora de idear los delitos, como en las formas de solución del procedimiento penal, como en la aplicación de la pena, etc. O, si se quiere, a cada una de las normas penales puede buscársele una explicación en una determinada función de la pena. Es decir, al final, es una cuestión de *ideología*. Lo único realmente importante, como decimos, es que el conjunto de *lo social* se mantenga estable dentro del *índice de tolerancia delictiva de lo social*. En este sentido, *la eficiencia penal* vendría a sustituir toda la dogmática penal asentada en una u otra función de la pena. Según la *eficiencia penal*, así la norma se justificará en una u otra finalidad de la pena. O, si se prefiere, la pena sólo se justifica formalmente, como diría Hegel, como «*negación de la negación*»⁹.

Hay que decir que, el efecto preventivo general positivo de la pena, como «*negación de la negación*», en realidad no dice nada o, por el contrario, puede decirlo todo, según la naturaleza que se defienda de la ley. Bajo un esquema de *ley común*, no dice nada, pues, la *ley común*, al basarse en la acción individual de la persona y, así, en su dimensión práctica, moral, el efecto preventivo general positivo de la pena simplemente trae a colación, a través del bien jurídico, los límites a la intervención penal y el fundamento en la culpabilidad del sistema penal. Ahora bien, desde el punto de vista del positivismo jurídico, es de un enorme calado. En efecto, pues, cualquier

⁸ Atados por la normatividad, pero observando que existe una continuidad entre el momento en que se impone la pena y ésta se aplica, Heinrich Henkel (Cfr. Henkel H. (1969), p. 23) abogaba por un primer momento, procesal, que sería el de la imposición de la pena, en el que prevalecía el criterio retributivo, para, después, en el momento aplicativo de la pena, actuar con criterios preventivos. En cualquier caso, el debate está abierto para poder justificar las distintas finalidades de la pena en la elaboración del Derecho Penal, el Procesal Penal y el Penitenciario. Para nosotros, como la eficiencia es el criterio que guía al Estado el delito se establece, el procedimiento penal se diseña y la pena se modula según lo conveniente en cada caso a la paz social.

⁹ Hegel, G.W.F. (1930), parágrafo 99; Kelsen, H. (1992), p. 87.

norma podría ser objeto de protección penal y, así, los límites a la intervención del Estado con su instrumento más fuerte, la coacción penal, carecería de límites. En este sentido, el efecto preventivo general positivo, lo dice todo¹⁰. ¿Qué es lo que sucede en nuestras sociedades normativizadas positivistas de hoy? Veámoslo.

II.2. La desaparición del bien jurídico y el éxito de la eficiencia

El *bien jurídico* venía a desempeñar básicamente dos funciones en el derecho penal. Una positiva, indicando qué valores, y qué mínimo esencial de esos valores, eran reconocidos como tales en una sociedad. Por lo tanto, la ley penal debía proteger de manera retributiva sólo ese mínimo de bienes¹¹. Y de aquí derivaba la

¹⁰ Dirá Jakobs: «correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar la lesión de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. En resumen: Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma» (Jakobs, G. (1993), 1/9).

¹¹ La idea de «bien jurídico» sólo tiene sentido bajo la afirmación esencial y básica de los derechos fundamentales y fundantes de la vida, la libertad y la propiedad. Ello supone un reconocimiento de distintos derechos fundamentales de carácter personal según diferentes situaciones en las que esos derechos pueden verse comprometidos (Ver sobre la libertad: Hayek, F. A. (2007), pp. 177). Por el contrario, la elaboración de cartas de derechos fundamentales individuales, sociales, y de sucesivos tipos, a lo que lleva es a una expansión del Derecho Penal en la que el bien jurídico no puede ponerle límites (Eiranova, E. (2020) b), pp. 96 s.s). En este sentido, por ejemplo, el Derecho penal venía limitado en su desarrollo por el contenido de aquellos derechos fundamentales y, a su vez, el propio Derecho penal suponía una limitación con el derecho administrativo sancionador, por la gravedad de la pena privativa de libertad. Hoy, evidentemente, no existen esos límites, ni esa diferencia —a la vista de la expansión de la pena de multa y las penas accesorias en el Derecho penal (arts. 50 s.s Código Penal español). De tal forma que, en realidad, cuando el legislador opta por un ordenamiento u otro para imponer sanciones, la explicación es la de buscar la eficiencia de todo el sistema punitivo. Por ello, cada vez con más frecuencia vemos que los ordenamientos administrativos sancionadores y penales se solapan (pensemos en delitos contra el medio ambiente, infracciones alimentarias, contra la Hacienda Pública, etc.). E, incluso, dicha concurrencia ya es posible observarla también entre el Derecho penal y los ilícitos civiles (pensemos, por ejemplo, en los delitos societarios y las acciones de responsabilidad social previstas en la ley de sociedades de capital).

segunda función, el bien jurídico concretaba positivamente la intervención mínima del Derecho penal y ponía, respecto a la imputación, su centro en la culpabilidad. En lo que respecta a su segunda función, negativa, por lo tanto: los bienes jurídicos servían como límite a la acción punitiva del Estado¹². Es decir, el Estado no podía castigar cuales quiera infracciones de bienes jurídicos, sino sólo aquellos que eran esenciales y en el núcleo esencial de los mismos¹³. Pues bien, la historia del *bien jurídico* corre pareja a la del individuo como ser teleológico y, por lo tanto, culpable, a la de pasar a ser un objeto de imputación de normas. A medida que el Estado fue adquiriendo más y más competencias, resultaba evidente que la categoría del *bien jurídico*, como algo previo, limitador y definido fuera del Estado, habría de desaparecer. El bien jurídico, por un lado, pasaría a ser todo aquello que las constituciones tengan como derechos fundamentales. Y, en la medida, en que la inmensa mayoría de constituciones europeas, durante el s. XIX y XX, comenzaron a incorporar cartas sociales de derechos, evidentemente, el bien jurídico acabo pudiendo serlo «cualquier cosa» merecedora de «estima» para el legislador¹⁴. A la vez, el legislador

¹² Sobre las funciones del bien jurídico: Hassemer, W. (1973), pp. 19 y ss. Sobre la poca funcionalidad que tiene el «bien jurídico» como límite a la intervención penal del Estado: Wohlers W. (2000), pp. 393 y ss.

¹³ Ello era una consecuencia de las ideas procedentes del s. XVII. Bernd Schünemann apela a que fue la aparición de la noción de «contrato social» la que hizo posible que la categoría del «bien jurídico» funcionara como limitadora de la intervención del Derecho penal. Existen dos nociones, profundamente opuestas de «contrato social» (Hobbes v. Locke) —además de la de Rousseau—, por lo que la valoración de Schünemann no es, según creemos, acertada si no se explica un poco más (Schünemann, B. (2007), p. 203). Es más, el bien jurídico como bien moral, es algo tan clásico como la Ética a Nicómaco de Aristóteles. En puridad, la teoría del contrato social que llegaría a Alemania desde el luteranismo, a través de Hobbes y Kant, es la nominalista. Por ello, no extraña que Schünemann, en la obra que acabo de citar, no vea qué límites pone Kant a la intervención del Estado (p. 205), pero es que, exactamente sucede lo mismo con Hegel. En este sentido también, discrepamos de Schünemann en que, la teoría del bien jurídico, como interés jurídicamente protegido, de Feuerbach, supusiera un gran cambio respecto de la noción kantiana ilimitada sobre la actuación del Estado. La clave del derecho subjetivo, definido como lo hace Feuerbach, descansa en que la «norma» lo reconozca, por lo que estamos exactamente bajo la misma mentalidad intervencionista sin límites.

¹⁴ En la literatura penal alemana, la vinculación del «bien jurídico» al derecho subjetivo, como «interés jurídicamente protegido» (Feuerbach, W. (1847), págr. 21), es

comenzó a hacer valoraciones de lo que estimaba que la sociedad entendía como «bienes». Con cartas de derechos cada vez más amplias, en las que se diluía cada vez más la vida, la libertad y la propiedad, como derechos *fundantes y fundamentales* del resto de derechos «fundamentales», iría ampliándose la capacidad del Estado para dictar normas penales sobre cualquier ámbito de la vida humana.

De este modo, la vida, la libertad y la propiedad de la persona que se tienen hoy en cuenta son aquellas que aparecen enmarcadas en la *sociedad civil*, es decir, bajo el amparo del Estado¹⁵. Ello se ha traducido en que, de uno u otro modo, y pese a los circunloquios y elucubraciones de los más doctos penalistas, el bien jurídico haya quedado identificado con la norma Estatal¹⁶. Y, orientada la norma

una consecuencia de la primera oleada de pandectistas. Bajo su perspectiva sería posible estudiar el derecho privado bajo las categorías del «derecho subjetivo» y «negocio jurídico». Este esquema puede reproducirse en el Derecho penal pues, el régimen de la autonomía de la voluntad es el que establece la ley, de manera que el esquema puede ser traído al derecho penal, a través del principio de legalidad penal, sin dificultades (Carnelutti, F. (1933). No obstante, el que la ley determine el régimen de la libre autonomía de la voluntad, supone, en sí mismo, una interpretación de ésta según el legislador. Dicho de otra manera, por este camino el relativismo axiológico vuelve a dejar en manos del legislador el diseño del contenido de los bienes jurídicos según la *ideología* (v. Dworkin, P. (1988), cap.8°).

¹⁵ Una de las consecuencias más evidentes de este proceso, en el que desaparece la persona como sujeto individual penal y pasa a ser objeto de imputación de normas jurídicas, es la responsabilidad de penal de las personas jurídicas. Ver en general: Mir Puig, S. (2004).

¹⁶ Bajo esta perspectiva, la persona es reducida a sujeto de imputación de normas. Y, por este camino, se ha llegado al punto de tratar los delitos dolosos como los imprudentes. Es decir, minimizando el principio de culpabilidad, y centrandolo en el «riesgo» de la acción. Ello tiene la consecuencia de eliminar del derecho al individuo como un sujeto de fines, teleológico, pasando a ser simplemente un sujeto de imputación de normas. En la versión más desalentadora de la imputación objetiva, estaría aquella en la que el Estado es concebido exactamente como una máquina. Es decir, en la que la acción individual sería interpretada según las expectativas sociales sobre la acción humana de la sociedad (desde el aspecto sociológico: Luhman, N. (1987), pp. 40 y ss.; siguiéndole en la doctrina penal: Jakobs, G. (1993), 2/22). Bajo este enfoque, la pena sería la «negación» de la «negación» que de la norma ha hecho el individuo al incumplirla. La sociedad, concebida de este modo, sería un sistema puramente funcional, en el que el individuo pasaría a ser un elemento cumplidor de normas. Duramente, contra esta concepción, Hassemer llega a decir: «una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado» (Hassemer, W. (2007), p. 103). Por lo que venimos diciendo, la afirmación de Hassemer no

jurídica a prevenir resultados, detrás de ella adoptó la norma penal su actual y peculiar fisonomía, con la triste consecuencia de la teoría de la imputación objetiva¹⁷.

En esta tesitura, en la que el *bien jurídico* ha perdido totalmente sus funciones limitadoras y positivas respecto del Derecho penal, el principio de *eficiencia penal* es el que se impone a través de la *tolerancia delictiva*. Es evidente que, siendo realistas, y dentro de sociedades democráticas de la información, en la que la misión de valorar qué es o no un delito depende de la *sensibilidad del legislador*, el *índice de tolerancia delictiva*¹⁸ es el criterio funcional efectivo de la pena.

No deja de resultar curioso, insistimos, que los enemigos declarados de la vida, la libertad y la propiedad hayan llevado el Derecho penal a una inteligencia económica utilitaria. Es también por esta circunstancia que la literatura penalista está huérfana de un análisis de la consecuencia que aquí estamos sacando.

Por lo tanto, el *bien jurídico* adquiere una fisonomía positiva y crítica relacionado con la *ideología*. Así, serán bienes jurídicos aquellos que *garantizan la consistencia de los elementos del conjunto* (ej. vida, integridad física, bienes de la personalidad, etc.), *aquellos también que garanticen la subsistencia del conjunto y los subconjuntos que lo forman* (ej. trabajo, bienestar social, integridad del medio ambiente, etc.), *aquellos que mantengan la ideología dominante* (ej. protección del bien estar de los animales, protección de las minorías, etc.); *aquellos que mantengan la consistencia y subsistencia del Estado* (ej.

acierta con el que creemos es verdadero problema: el relativismo que domina la concepción del bien jurídico.

¹⁷ Una crítica muy bien elaborada en Kindhäuser, U. (2007). Lamentablemente, no es previsible el vaticinio que hace el autor de que esta teoría desaparecerá (p. 11). Por el contrario, mientras exista el relativismo axiológico, y visto el alcance de éste en los derechos fundamentales, será inevitable la expansión normativa del Estado. Y, por penoso que resulte, la imputación objetiva es la consecuencia necesaria de estos dos fenómenos en el Derecho penal.

¹⁸ Normalmente se piensa que la delincuencia es algo a erradicar, cuando, precisamente, la existencia del Estado se justifica en buena medida en su existencia (Kelsen, H. (1988), pp. 141 y 142). Con ello no queremos decir que, de manera general, se pretenda desde las instituciones que se cometan delitos; pero es un hecho que sin un cierto nivel de inseguridad el Estado pierde su razón de ser general para la inmensa mayoría de las personas.

los que tienen que ver con la paz social general, la integridad territorial, etc.).

II.3. Modelo de eficiencia penal

Puede hablarse de que el Derecho penal «democrático» funciona, en su creación normativa, en su aplicación y en la ejecución de la pena, según el *mercado de la paz social*. En este *mercado*, como hemos dicho, se «paga» al Estado, y éste, a cambio, ofrece una *sensación general de paz*. En él, por lo tanto, el Estado procurará la paz social, medible según el *índice de tolerancia delictiva*. Y, para ello, normativamente, elaborará distintas normas penales, a las que dotará de una distinta y, más o menos, intensa protección, según el *sentimiento social*. Del mismo modo, procederá a la aplicación de la pena modulando los distintos fines preventivos sociales y singulares de la misma, a la vez que ponderando el uso de los recursos que tiene para ello¹⁹.

Que hablemos de una sociedad democrática como un mercado en el que actúa el Estado no puede ofrecer especiales reparos. Frente a otros regímenes políticos, en el democrático, es evidente que quienes acuden a las urnas a ser elegidos, asumen «*obligaciones de hacer*» sobre las propuestas que hacen al electorado y que satisfarán con el dinero de los contribuyentes. De hecho, se supone también, que los incumplimientos de los compromisos, supondría un cambio de gestores en el Estado. Dicho jurídicamente, estaríamos hablando de un *mercado* en el que se contratarían *servicios públicos en una determinada dirección ideológica*. Servicios que, como hemos advertido, estarían presupuestados económicamente.

En nuestro caso, para poder hablar en general de un mercado en el que actúa el Estado, prescindiremos de quienes pretenden

¹⁹ En la reforma del Código Penal de 1995 se decía: «se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de la resocialización que la Constitución le asigna. El sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a su vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos y, de otra, introduce cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad».

ocupar su gobierno. Bastará con que nos fijemos en que, sea quien sea quien ocupe el gobierno democrático, el Estado cambia normas penales, las formas de las penas y modos de aplicación de la pena, para satisfacer el precio que pagan los contribuyentes por estar seguros. Ello, además, es una consecuencia inevitable del monopolio del ejercicio de la fuerza. Con ello, se intenta procurar la paz social o, si se quiere, mantener un estado de «*tolerancia delictiva*». En este sentido, naturalmente, queda abandonada toda la cuestión y debate sobre los fines retributivos o/y preventivos de la pena²⁰. Al final, el sistema penal estará en función de mantener la *consistencia del conjunto social*.

Para analizar la *eficiencia penal*, como se ha dicho, habremos de tener en cuenta la tasa de delitos, el número de normas penales que se promulgan, y los recursos que se destinan por el Estado a la persecución, enjuiciamiento del delito y la ejecución de la pena. Todos estos elementos son cuantificables. Por otro lado, habremos de examinar otros instrumentos usa el Estado para procurar la sensación de paz y que no tienen que ver con la economía.

En definitiva, tenemos todos los elementos para idear un modelo funcional que explique estáticamente la *eficiencia penal del Estado*.

a) *De los recursos y la eficiencia penal*

En nuestro modelo penal tenemos un *producto* (servicio) que es la *seguridad (S)*. El producto, en concreto, viene establecido *por el conjunto de recursos materiales y personales* con que el Estado persigue ser *eficiente*, consiguiendo *que el conjunto de lo social esté pacificado*. Para ello, encauzará todos esos recursos, materiales y personales, en la dirección de conseguir dicha *eficiencia*. Aquí la palabra *eficiencia penal* sustituye a las finalidades de la pena como principios orientadores de la dogmática penal. O, dicho de otra forma, todas las finalidades de la pena, si se quiere así, son relevantes para la eficiencia del *Estado* como consecuidor de la *paz social*. Una nota importante,

²⁰ Liszt, F. (1883), p. 1 ss.; Mayer, H. (1967), p. 26.

la función de producción de seguridad, en la medida que es constatable en los presupuestos generales del Estado a través de una cifra, podríamos haberla representado como una línea, en vez de usar una curva de producción marginal. Hemos optado por mantener la curva de producción marginal para representar mejor el pensamiento que subyace en la política presupuestaria de seguridad: se invertirá en seguridad hasta un punto en que, según el índice de tolerancia delictiva, ya no compensen los costes con la persecución, enjuiciamiento y aplicación de la pena de otro delito más.

Como se ha explicado, el Estado, ante todo, quiere mantener *la consistencia del conjunto* sobre el que opera. En este sentido, tendremos una *finalidad preventivo general positiva*. Que, a poco que se piense, ya comprende las demás. Pero, si se quiere, además, puede decirse que hay una sociedad que, en su conjunto, desea vivir de modo estable; para ellos, *la función de la pena es preventivo general negativa*. Por último, tenemos a los individuos que, en un momento dado, pueden decidir o no (por falta de juicio, etc.) cometer un delito. En estos casos, la pena cumpliría una función *preventivo especial negativa* o, en su caso, *positiva*, etc. En fin, cualquiera de las finalidades de la pena puede aparecer dando razón de la política legislativa penal en cada momento. Es, como hemos dicho, una cuestión de *ideología*.

El Estado, dependiendo de la gravedad de la infracción, de la persona del infractor, del ánimo social, puede tomar distintas medidas: producir normas nuevas, aplicar las que existen, intensificar las penas, aplicar más o menos rigurosamente la pena, etc. En definitiva, *la libre determinación del delito y de la pena* tiene la única finalidad de la *eficiencia*, entendida, repetimos, como el mantenimiento estable del conjunto de *lo social*.

Hasta aquí hemos venido usando la expresión *índice de tolerancia delictiva*. Con ello, insistimos, se tiene en cuenta que, en toda sociedad, *lo social* se realiza también desde lo *antisocial*. Kelsen lo expresó bien: el Estado se justifica, entre otras razones, porque existen acciones antisociales. Es decir, el delito es algo que existe y con lo que la sociedad convive, pero, también, insistimos, es cierto que todos sabemos que existe un punto de «tolerancia». Pues bien, el *índice de tolerancia delictiva* es aquel nivel de criminalidad que permite al Estado mantener constitutivamente estable el conjunto de *lo social*.

b) *De la acción del Estado con respecto a los recursos destinados a la seguridad*

Si nos atenemos al empleo de los recursos que el Estado dedica para procurar la seguridad, llegamos al siguiente modelo. El Estado es quien detenta el poder para establecer e imponer las leyes penales y las penas. Por lo tanto, su función de producción de seguridad es $S=F(C, T)$. Es decir, su «producción» de seguridad (S) está en función de su *estructura de seguridad* para la persecución, enjuiciamiento del delito y ejecución de la pena (C) y el *trabajo de los funcionarios* dedicados a esas labores (T).

Tanto « C » como « T » supondremos que presentan rendimientos constantes a escala. Ello es intuitivamente evidente. Es decir:

$$\delta F(C, T) = F(\delta C, \delta T)$$

Las demandas de « C » y de « T » se derivan de la maximización de la función de seguridad.

$$\text{Max } SF(C, T) - WT - (r + \varphi - \tau) PC$$

En donde W es el salario de los funcionarios, r el tipo de interés, φ la tasa de depreciación del material y estructura para la persecución del delito (C), y τ las expectativas de inflación.

El precio que paga la sociedad coincide con lo que cuesta la estructura (C) y el personal dedicado a producir seguridad (Pr). En el caso del factor (C), la condición de primer orden para maximizar la seguridad proporciona el siguiente resultado:

$$PrF(C, T) - WT = 0$$

Ello resulta obvio, pues a menor salario de los funcionarios, el Estado dispondrá de más recursos para invertir —ya sea en contratar más funcionarios o comprar material y bienes relacionados con la seguridad (C). Así, $FT(C, T) = W/Pr$.

Puesto que la estructura de bienes y materiales para la persecución, enjuiciamiento del delito y ejecución de la pena están dados, la demanda de funcionarios vendrá dada justamente por el importe de los salarios.

$$dT = W/Pr$$

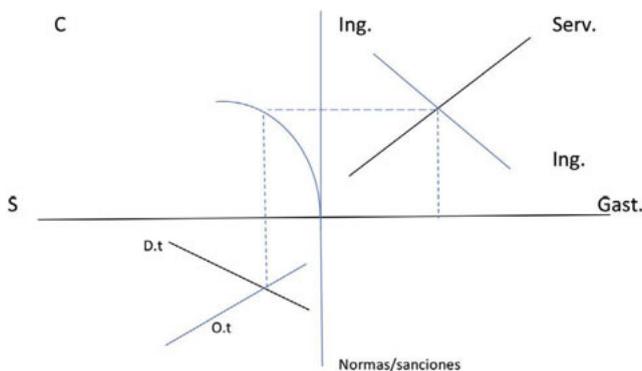
de donde se desprende que la demanda de funcionarios, según el número de funcionarios que existen y cuyos sueldos son pagados, es inferior a 0. Es decir:

$$\frac{\delta T_i^d}{\delta P_r^W} = T^d < 0$$

Por otro lado, el Estado desea aumentar el empleo de recursos si $FC > (r + \phi - \tau)$. Y ello, cuando la productividad marginal de los recursos es superior a los costes de uso. Para llegar a esta conclusión hemos de fijarnos en lo que hemos dicho más arriba respecto de los Presupuestos Generales del Estado, que es dónde, al final, se medirá de manera marginal la relación entre la producción de seguridad y los recursos empleados. Si suponemos que los costes de ajuste impiden al Estado variar sus recursos de manera instantánea, tendremos las funciones de inversión en recursos (consideramos la tasa de depreciación en nuestro modelo como nula):

$$\frac{\partial I}{\partial r} < 0 \quad \frac{\partial I}{\partial \phi} < 0$$

En este caso, la oferta del Estado en seguridad vendrá dada por el empleo efectivo de funcionarios:



Como se puede comprobar con facilidad, el modelo es *recurrente*. En el desarrollo que hemos hecho del mismo nos hemos fijado en las decisiones que puede adoptar el Estado respecto al aprovechamiento de los recursos económicos materiales y de personal. Pero, como se

ha dicho, en realidad, al ejercer el monopolio de la fuerza, es él quien adopta también las decisiones en el «lado» impositivo y de financiación del gasto. Por lo que, con esta explicación, el lector podrá recorrer el modelo con facilidad y en todos sus escenarios. Curiosamente, los problemas que se plantean en esta clase de modelos para analizar la economía no tienen lugar en este escenario. En efecto, pues la crítica a que en economía nunca se dispone de toda la información del mercado para poder llegar a un modelo, en este caso, el presupuesto general del Estado es justamente el mercado estático perfecto sobre el que trazar un modelo como este que presentamos.

Como se ha dicho, existen normas penales sustantivas y procesales de carácter penal que pueden producir *la sensación de estabilidad social* en el *mercado* sin que, en realidad, haya una variación en las variables cuantitativas de nuestro modelo. Ello no es un inconveniente. Pensemos que la *información* en el mercado sirve para producir también determinadas sensaciones. En este sentido, la sensación de seguridad física o de seguridad económica pueden ser tratadas de forma similar. Si para la economía la nota relevante de la información viene determinada por la transparencia, en el Derecho penal, esa nota vendrá dada por que, al final, la norma penal tenga el respaldo económico necesario para ser eficaz.

Dicho esto, ahora, pensemos en los casos en que, ante un tipo de criminalidad de alta repercusión pública según la *ideología* (el ejemplo lo tenemos recientemente en la *ideología de género*), se producen normas sustantivas y procesales que parecen intensificar la persecución penal de esa clase de delitos, pero, en realidad, no existen los recursos económicos para ello. En estos casos, tenemos la información actúa como un engaño sobre la sociedad y, lo simbólico del derecho, cumple una función a corto plazo para el mantenimiento de la paz social. Se promulgarán así, más y más normas penales, sin aumentar los recursos para su efectividad, engañando a la sociedad sobre el hecho de que, con esas normas, el conflicto estará resuelto. Evidentemente, el efecto puede ser el contrario. No sólo es que no se persigan efectivamente esos nuevos delitos, es que, dado que los recursos existentes no han variado, al tener que dedicarse a la persecución de más delitos, provocará que disminuya la tasa de éxito de los que ya se perseguían. No obstante, como decimos, aquí actúa claramente el *engaño* como un modo de mantener la paz social.

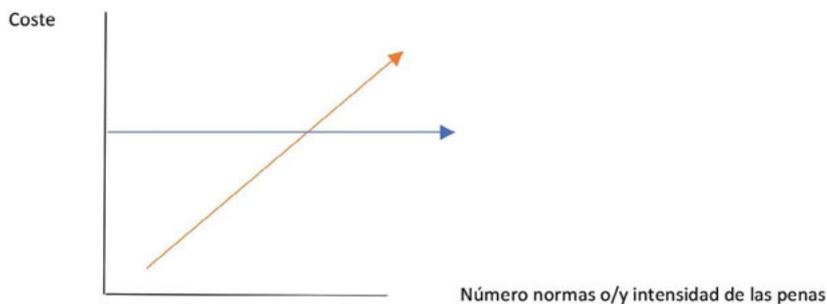
A continuación, examinaremos algunas de las situaciones y recursos normativos con los que el Estado resuelve la ineficiencia del sistema.

III.

DEL COMPORTAMIENTO NORMATIVO DEL ESTADO

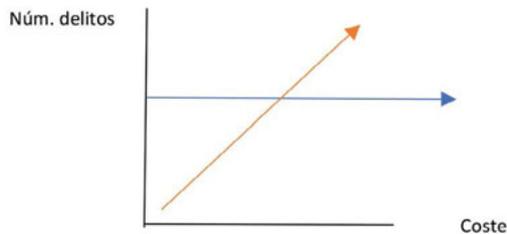
El Estado puede reaccionar, como hemos visto en la pregunta anterior, produciendo normas penales o elevando las penas de las normas existentes y, con ellas, conseguir determinadas *sensaciones de seguridad en la sociedad*. Estas normas serán más o menos efectivas según lo que ya hemos examinado sobre cómo se comporta el Estado con sus recursos. Pero, hasta cierto punto da lo mismo, ya que de lo que se trata es de mantener la estabilidad del conjunto, y ello depende de la *sensación del hombre masa*. Así que, en muchas ocasiones, se consigue ese efecto con la publicidad de que la norma penal se ha producido o que la sanción penal se ha elevado. Ante una sensación de inestabilidad, por lo tanto, el Estado puede reaccionar —obviando las variables cuantitativas— produciendo normas y sanciones que demanda la sociedad. Por lo tanto, tendríamos los siguientes escenarios:

A) Podría, dado que los delitos que se van a perseguir son más o, en su caso, las penas que se van a imponer también se incrementan, reducirse la efectividad de los recursos que tiene destinados a la persecución, enjuiciamiento y castigo del crimen. Ello podríamos representarlo a través de la siguiente función:

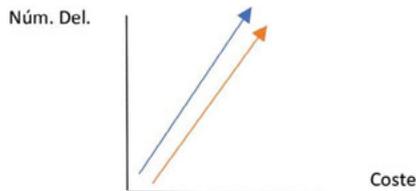


B) También el Estado podría optar por mantener el número de normas penales y la intensidad de las penas, sin aumentar el número de recursos destinados a la persecución, enjuiciamiento y ejecución de la pena. En estos casos, estaríamos en los momentos en los que estaría estabilizado el índice de tolerancia delictiva.

C) Otra opción del Estado sería la de elevar el número de recursos destinados a la persecución, enjuiciamiento del delito y ejecución de la pena, manteniendo el mismo número de delitos y de intensidad de las penas. En estos casos, la función que tendríamos sería la siguiente:



Por último (**E**), estaría la opción de aumentar tanto los costes como el número de delitos o intensificar las penas. En estos casos, la función que tendríamos sería:



Todos estos resultados pueden trasladarse al gráfico funcional que hemos hecho en el apartado anterior. Y así, veríamos el modo en que una determinada política legislativa penal podría o no afectar a la *producción de seguridad*. También, en dicho modelo, quedarían en evidencia todas las políticas legislativas que no van acompañadas de los correspondientes recursos para ser aplicadas.

Pero es que la norma penal también permite que, pese a que se incrementen el número de delitos y de sanciones, aminorar la

carga que supondría para los recursos materiales y personales dedicados a la seguridad. En efecto, de la misma forma que el Estado puede «engañar» y hacer que la sensación de *la masa* sea de seguridad, aumentando los delitos y las penas —sin aplicar recursos económicos para ello—, también puede, usando las mismas normas, seguir «engañando», descargando de trabajo la estructura y personal que dedica a la seguridad. Veamos esto.

IV. DEL DERECHO PENAL LIBERAL AL DERECHO PENAL EFICIENTE

En este apartado vamos a ver cómo el Estado puede descargar de trabajo a los funcionarios que dedica a la persecución de los delitos, provocando, que la estructura real dedicada a la persecución, enjuiciamiento y cumplimiento de las penas no se colapse. Por este camino, observamos que también es la eficiencia lo que realmente se persigue.

A medida que ha ido extendiéndose el Derecho penal sustantivo, evidentemente, se ha ido produciendo un sobre esfuerzo en el aparato policial, judicial y penitenciario del Estado. Así, poco a poco, se ha ido dando entrada al *principio dispositivo* en el Derecho procesal penal, a través del cual se *pretende aminorar de trabajo a los Juzgados*. Han aparecido medidas procesales en las que, el proceso judicial penal, ha dejado de cumplir su misión de buscar la verdad material del delito, juzgar al autor e imponerle una pena según sea o no culpable²¹. En efecto, la eficiencia, respecto de la limitación de los recursos destinados a perseguir y castigar cada vez más y más infracciones, ha llevado a que la función transaccional del proceso penal se haya tenido que ir promoviendo como forma de solución del conflicto penal.

Nosotros vamos a hacer referencia a tres manifestaciones del *principio dispositivo* en el derecho penal: la llamada «tercera vía»; la «conformidad» y la «oportunidad» penal.

²¹ Muñoz Conde, F. (1998), p. 1 ss.

a) *La generalización de la llamada «tercera vía» en el Derecho Penal*

Se entiende por «tercera vía» en el Derecho penal aquella por la cual es posible, para quien ha cometido el delito, no sufrir una pena aflictiva mayor si repara el daño.

La «tercería vía» en el Derecho penal se justifica en la medida en que la reparación parece una fórmula adecuada para la resolución de muchos conflictos penales que, en muchos casos, se superponen a ilícitos civiles o de otra clase. Dado que sería excesivo que toda la sociedad acabara en la cárcel o que, casi irremediabilmente, buena parte de la ciudadanía fuera tenida por criminal (y la imposibilidad material de perseguir a todo el mundo), la solución que se encontró fue la de introducir en el Derecho penal, como fórmula de solución, la «reparación» a través del amedrentamiento, con lo cual, el Derecho penal pierde su fisonomía retributiva. Más bien, se usa como forma de «chantaje» al posible infractor para que se avenga, antes de que las cosas se puedan poner peor.

Desde un punto de vista funcional de los recursos que el Estado dedica a la protección y la seguridad, esta vía usa la pena para amedrentar al presunto delincuente para que «repare» el delito que hubiera sufrido la víctima y, así, mantener la cohesión social —sin hacer excesivos esfuerzos de investigación y procesales. Pero, claro está, ello es inconciliable un Derecho penal liberal. Si se criticaba el sistema inquisitorial por encontrar confesiones falsas a través del miedo: ¿no es esto lo mismo?, ¿dónde queda la presunción de inocencia como carga para la acusación? Ahora, el mal de la pena es la que se usa para arredrar a los acusados por el bien de la eficiencia.

En este sentido, la «tercera vía» del Derecho penal es una fórmula de *eficiencia normativa*, en el sentido de que, con la misma, se pretende la estabilidad del conjunto de *lo social*, sin utilizar los recursos que existen para la persecución, enjuiciamiento y ejecución de la pena para la proliferación de delitos. En definitiva, es una solución a la hiperinflación normativa penal, la falta de recursos y la incapacidad del bien jurídico para contenerla.

b) *La «conformidad» dentro del proceso penal*

A partir de 1989, con la reforma del procedimiento abreviado (L.O /88, 28 de diciembre,) vino a establecerse en el sistema jurídico español la *conformidad*, como un remedio a la ingente cantidad de procedimientos penales que llegaban a los juzgados por causa de la expansión del Derecho penal. Los fiscales aplaudieron la «figura», traída del derecho norteamericano²², por la cual, y gracias a ella, iban a poder descargarse del trabajo de perseguir de una ingente cantidad de «delitos» de nueva creación (v. Circular de la fiscalía general del Estado 1/89)²³. Puede verse con facilidad que la *conformidad*, en muchos casos, se pone al servicio de la «tercera vía» en el Derecho penal.

La «conformidad» es una forma de solución traída del Derecho norteamericano, pero totalmente desajustada en nuestro sistema. En efecto, para empezar, en los Estados Unidos, los fiscales son elegidos por los ciudadanos y, para algunos delitos, es necesario que el «gran jurado» de su permiso para sostener la acusación. Es decir, estamos en un sistema en el que los ciudadanos controlan la acción del Ministerio fiscal. En el sistema europeo continental, no es así. Los fiscales son funcionarios, cuya eficacia no es controlada durante el ejercicio de su carrera por los ciudadanos. Es decir, a los fiscales europeos, la tasa de éxito es algo que les da igual. Y esto es fundamental, pues, en el sistema norteamericano, a la hora de

²² La «conformidad» es un instrumento de solución del conflicto penal que lleva algún tiempo extendiéndose por Europa: ver Pereira Puigvert, S. (2015), p. 2.

²³ El trabajo más extenso y detallado que hemos visto es el de Diego Díez, L.A. (1997). Tiene su interés la ponencia del Fiscal de Sala del Tribunal Supremo Español Don Antonio del Moral García, *La conformidad en el proceso penal*, presentada en el año 2002 como ponencia en el Centro de Estudios Jurídicos para la Administración de Justicia. Refiriéndose al carácter utilitarista y de economía procesal de la «conformidad»: Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-11-2014, nº 752/2014, rec. 504/2014, Pte: Monterde Ferrer, Francisco. Sección de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial): en el año 2005 se produjeron un total de 48.067 conformidades; en el año 2006 se llevaron a cabo 58.898 conformidades; en el 2007, 66.059 juicios rápidos de conformidad; en el 2008, se produce un incremento significativo hasta alcanzar las 111.112 conformidades; en 2009, la cifra asciende ya a 120.064; en los años sucesivos de 2010, 2011, 2012, el número de conformidades realizadas se sitúa entre las 105.000 y 110.000 y en 2013 y 2014 se produce un ligero descenso. Más datos: <https://www.poderjudicial.es/cgjpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infomes/Justicia-Dato-a-Dato/>

valorar por parte de los ciudadanos a la fiscalía, es relevante el número de recursos que invierte en la persecución de los delitos y su tasa de éxitos. Es decir, es un sistema en el que la «conformidad» cumple un papel importante respecto a la eficiencia de la inversión de los recursos económicos y la tasa de éxitos. Por el contrario, en el sistema europeo, como decimos, los fiscales son funcionarios, con una asignación de recursos que no depende de la tasa de éxitos. En este sentido, la «conformidad», lo único que sirve en Europa es para descargar de trabajo a fiscales y jueces.

Si en los Estados Unidos, la «conformidad» es polémica, ya que, en muchos casos, los delincuentes son condenados por delitos de los que, claramente y con una mínima preparación del caso, hubieran salido absueltos, además, de que, también en ciertos casos, son absueltos quienes, con recursos, son capaces de enfrentarse en un juicio a la fiscalía, ¿qué decir de esa figura en el derecho continental europeo? El sistema tiene lo peor de los dos mundos. Pues aquí, mientras es evidente que los fiscales pierden casos, sin consecuencias para sus carreras, ganan otros, en los que las personas son inocentes. Y, en todo caso, nadie controla la efectividad de la fiscalía según los recursos que tienen asignados. Y si la función pública de la fiscalía en el continente europeo, compuesta por funcionarios permanentes, se justifica por la protección de la legalidad y, para ello, cobra siempre y en todo caso un sueldo del Estado, ocupando un cargo del que es inamovible, ¿qué hace el fiscal llegando a acuerdos?

La «conformidad», como instrumento de solución del conflicto penal, avanza con velocidad imparable. En este sentido, se percibe en su uso un fenómeno inquietante. En un principio, la «conformidad» estaba pensada para los delitos menos graves, pero, en la actualidad, se ha generalizado su uso en los delitos más graves. De hecho, en España se usa la «conformidad solapada» o «encubierta». El nombre lo dice todo. A través de este «mecanismo», el abogado llega a un acuerdo con el fiscal y éste, a través del *escrito de conclusiones definitivas*, modula la calificación penal y la pena, a fin de hacer efectivo el acuerdo al que ha llegado con el abogado. El peligro de esta maniobra, entre otros, es que se produce a espaldas del juez, de manera que, en muchas ocasiones, el Ministerio Fiscal llega a conformidades estratégicas, con unos u otros acusados, a

fin de servirse de sus declaraciones como prueba de cargo contra otros acusados que no han querido «conformarse». Ello da lugar a situaciones realmente injustas y chocantes. Pues, evidentemente, existiendo muchos acusados, y sabiendo que unos pueden llegar a un acuerdo con el fiscal (y que éste puede pedirles que declaren contra quienes no se conformen), el inocente se conformará por evitar las consecuencias de una prueba de cargo, conseguida por el fiscal reduciendo la pena a quienes se conforman —y quizás sean culpables. Y, también, este sistema se prestará a que los realmente culpables consigan ventajas de la fiscalía, prestándose a declarar cualquier cosa y contra quien sea.

c) *La «oportunidad» penal*

La oportunidad penal es otro principio que puede usarse para evitar un proceso penal —pese a que existan indicios de la comisión de un delito. Su aplicación aparece en el mismo momento en que se presenta la denuncia o la querrela; momento en el Juez puede considerar que sea o no «oportuno» perseguir los hechos denunciados. Normalmente, la justificación la encuentra el Juez en que los hechos tengan carácter civil, administrativo, etc. Así, el principio de intervención mínima vendría a fundamentar, en realidad, la consideración del juez sobre la oportunidad o no de un proceso penal. La proliferación normativa y la superposición de distintas normas le ayudan a llegar a esta fórmula de solución ante el exceso de trabajo en los tribunales. Pero, también, enseguida vemos que, en muchos casos, puede provocarse una ineficiencia general del sistema, pues, si al final no se sabe con claridad cuál es la jurisdicción competente, llegamos a que un «caso» puede empezar a ir de una jurisdicción a otra, buscando dónde ser resuelto —estos son los llamados procesos «pelota».

Por último, durante la ejecución de la pena, pueden existir razones que el juez valore y que le hagan resolver a favor de la suspensión o la sustitución de la pena, o acordar medidas en ejecución de la pena privativa de libertad, por otra que suponga una menor carga económica para el Estado.

En todos estos supuestos podemos ver que los razonamientos de los jueces pueden traducirse en criterios de *eficiencia*: evitar

procesos que pueden ser llevados por otras jurisdicciones o, en el caso de la ejecución de la pena, no cargar el sistema penitenciario, postergando el fin retributivo de la pena.

V. RESUMEN

El modelo que hemos expuesto es de un enorme alcance tanto dogmático como práctico. Veamos resumidas sus características principales:

1. Es un modelo realista. Se concibe desde la realidad normativa actual del Derecho positivo y su relación con el Derecho penal sustantivo procesal. Se atiende al fenómeno de la *hiperinflación normativa*.
2. Desde este punto de vista, podemos dar cuenta de la falta de capacidad de la ley común, del bien jurídico y de los derechos fundamentales, para limitar la proliferación de normas penales.
3. Conseguimos poner en relación todos los fines de la pena con la consecución del que hemos llamado *índice de tolerancia delictiva*.
4. Se ha explicado funcionalmente la relación que guardan los recursos generales del Estado con los que dedica a seguridad a través de una función de producción de utilidad marginal. Ello lo podemos hacer en la medida que el Estado monopoliza el uso de la fuerza y tiene un presupuesto con el que presta unos servicios. Se ha indicado la razón de porqué preferimos una gráfica de producción marginal.
5. Hemos puesto en función recurrente los recursos destinados a la producción de seguridad con los medios personales que se dedican a la seguridad por parte del Estado.
6. Hemos visto cómo se usan las normas penales y las penas para generar sensaciones de seguridad.
7. También se ha explicado cómo se usan las normas penales para descargar de trabajo la estructura material y de personal dedicada a la persecución del delito.

8. Se han descrito las perniciosas consecuencias del principio de eficiencia en relación con la justicia.

En definitiva, y volviendo a la ley penal, lo que se constata es que la descomposición del *bien jurídico* como límite a la acción del legislador, lleva a una aparente búsqueda de eficiencia a través de medidas de intervención, en la que la espiral de *ineficiencia* generalizada a costa de la justicia es flagrante. Frente a ello se responde, buscando de nuevo la *eficiencia* interviniendo normativamente el sistema, provocando, así, una nueva espiral, de la que, poco a poco, se van desmontando los principios del Derecho penal liberal.

Usando términos económicos, podemos decir que, a la *hiperinflación normativa* se responde con la *descomposición de los principios que han guiado la justicia retributiva liberal*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Carnelutti, F. (1933): *Teoria generale del reato*.
- Diego Díez, L.A. (1997): *La conformidad del acusado*.
- Dworkin, P. (1988): *The Theory and Practice of Autonomie*.
- Eiranova, E. (2020) a): «El derecho fundamental a tener y portar armas», en *La Ley*, junio.
- (2020) b): «La tiranía de los derechos fundamentales», en *Procesos de Mercado*, nº 1.
- Feuerbach, W. (1847): *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*.
- Hassemer, W. (1973): *Theorie und Soziologie des Verbrechens*.
- Hassemer, W., VVAA (2007): «¿Puede haber delitos que no afecten al bien jurídico penal?», en *Teoría del Bien jurídico*.
- Hayek, Friedrich A. (2007) a): *Nuevos Estudios de Filosofía, Política, Economía e Historia de las Ideas*, Unión Editorial.
- (2014) b): *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial.
- Hegel, G. W. F. (1930): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*.
- Henkel H. (1969): *Die «richtige» Strafe*.
- Hobbes, Th. (1642): *De cive*.
- Jakobs, G. (1993): *Strafrechts*, AT.
- Kaufman, A. (1961): *Das Schuldprinzip*.

- Kelsen, H. (1988) a): *Teoría General del Derecho y el Estado*, Buenos Aires.
- (1992) b): *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires.
- Kindhäuser, U. (2007): *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*.
- Liszt, F. (1883): «*Der Zweckgedanke im Strafrecht*», en ZStW 3.
- Luhman, N. (1987): *Rechtssoziologie*, T.I.
- Mayer, H. (1967): *Strafrecht*, A-T.
- Mir Puig, S. (2004): «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- Muñoz Conde, F. (1998-1999): «La búsqueda de la verdad material en el proceso penal», en Lección inaugural del curso 1998-1999 Univ. Sevilla.
- Ortega y Gasset, J. (1930): *La Rebelión de las masas*, Madrid.
- Pereira Puigvert, S. (2015): «Un pacto con la justicia. El patteggiamento tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado», en *Revista de Derecho Procesal Penal*.
- Roxin, C. (1977): «*Strafzumessung im Lichte der Strafwecke*», en *Lebendiges Strafrecht*, Festgabe für Habs Schultz.
- Schultz, H. (1974): «*Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*», t.II, 2ª ed., en *Die Kriminalrechtlichen Sanktionen. Das Jugendstrafrechts*.
- Wohlers W. (2000): *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*.