



¿Existe lógica en la aplicación del castigo penal? Un estudio basado en el análisis económico del derecho penal

Is there logic in the application of criminal punishment? A study based on the economic analysis of criminal law

SAMUEL EBEL BRAGA RAMOS^{1,*}

¹ Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)
samuel@sebr.adv.br

Cómo citar: RAMOS, Samuel Ebel Braga. ¿Existe lógica en la aplicación del castigo penal? Un estudio basado en el análisis económico del derecho penal. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 16, n. 3, e538, set./dez. 2025.
DOI: <https://doi.org/10.7213/rev.dir.econ.soc.v16i3.32570>

Recebido/Received: 03.02.2025 / 02.03.2025

Aprovado/Approved: 26.05.2025 / 05.26.2025

Resumen

El propósito de este artículo es acercar el Derecho Penal y la Economía utilizando el método del Análisis Económico del Derecho. El punto de referencia de esta investigación es la llamada "Escuela de Chicago", génesis de los modernos estudios de Análisis Económico del Derecho y de Derecho Penal y Economía, con el artículo de Gary Becker publicado en 1968 como marco teórico. Tras la inmersión en la literatura sobre el tema, este trabajo asumió la existencia de racionalidad individual en

*Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Paraná (UFPR), (Curitiba, Paraná, Brasil). Máster y licenciado en Derecho por el Centro Universitario Internacional (UNINTER). Extensión en Derecho Penal y Procesal Alemán, Europeo e Internacional por la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania. Abogado en Curitiba/PR.

la toma de decisiones y, a partir de los postulados del análisis coste-beneficio y de la eficiencia de Pareto como forma de explorar los cambios en el comportamiento del delincuente racional que opta por delinquir, se verificó la hipótesis de una sanción penal óptima, que serviría de incentivo en la decisión racional del individuo para evitar la comisión de infracciones penales típicas, con efectos sobre la disuasión general. A través de la revisión de la literatura, del análisis de datos y de los resultados de investigaciones empíricas sobre el tema, el trabajo confrontó la conclusión de la irracionalidad de las penas privativas de libertad e ilustró una nueva forma de pensar las penas restrictivas y las multas como impulsoras de la disuasión general y del equilibrio paretiano en la aplicación de sanciones penales.

Palabras-clave: derecho penal; sanciones penales; análisis económico del derecho penal.

Resumen

The purpose of this article is to bring Criminal Law and Economics closer together using the method of Economic Analysis of Law. The reference point for this research is the so-called “Chicago School,” the genesis of modern studies in Economic Analysis of Law and Criminal Law and Economics, with Gary Becker's 1968 article as its theoretical framework. After immersing itself in the literature on the subject, this work assumed the existence of individual rationality in decision-making and, based on the postulates of cost-benefit analysis and Pareto efficiency as a way of exploring changes in the behavior of the rational offender who chooses to commit a crime, the hypothesis of an optimal criminal sanction was verified, which would serve as an incentive in the individual's rational decision to avoid committing typical criminal offenses, with effects on general deterrence. Through a review of the literature, data analysis, and the results of empirical research on the subject, the study challenged the conclusion that custodial sentences are irrational and illustrated a new way of thinking about restrictive penalties and fines as drivers of general deterrence and Pareto equilibrium in the application of criminal sanctions.

Keywords: criminal law; criminal sanctions; economic analysis of criminal law.

Sumário

1. Introducción; 2. Análisis económico de las sanciones penales; 3. ¿Son las sanciones penales como los precios y los impuestos?; 4. ¿Es el delincuente quien mide el coste de las sanciones penales?; 5. ¿Aumentar las penas significa reducir la delincuencia?; 6. Sanciones penales eficaces; 7. Las sanciones penales como forma de coerción conductual; 8. Posible nivel óptimo de disuasión: la certeza de la aplicación de la sanción penal supera la severidad de la pena; 9. El coste de la condena: ¿es racional la imposición de régimen cerrado para cumplir la pena?; 10. Conclusiones; Referencias.

1. Introducción

El malestar por el uso excesivo de las penas privativas de libertad y el aumento del número de personas sometidas a prisión fueron los puntos de partida para el desarrollo de nuevas formas de concebir el derecho penal y sus penas.

Con esta perspectiva, en el intento de hacer una contribución singular al estudio de las sanciones penales, el método del Análisis Económico del Derecho ha surgido de forma peculiar para la cooperación entre el Derecho Penal y la Economía, promoviendo una nueva comparación en la evaluación de las penas, el delincuente y sus decisiones en relación con el delito, la disuasión y la hipótesis de la racionalidad de las reprimendas penales. La disuasión es un concepto fundamental en la teoría del Derecho Penal, especialmente en su enfoque hacia la función preventiva de la pena. Se entiende por disuasión el efecto psicológico que una amenaza o imposición de castigo ejerce sobre los individuos, llevándolos a abstenerse de cometer delitos para evitar las consecuencias negativas derivadas de la transgresión.

La relación entre el castigo y la disuasión constituye uno de los pilares fundamentales tanto de la teoría económica del delito como del Derecho Penal. En términos económicos, la disuasión se refiere al efecto que la amenaza o certeza de una sanción tiene sobre la conducta de los individuos. En el ámbito jurídico, esta misma idea se traduce en el concepto de prevención general, según el cual la pena busca disuadir a la colectividad en general del crimen, fortaleciendo el respeto por las normas y el orden social.

En este marco, la relación entre disuasión, castigo y prevención general se establece de la siguiente manera: el castigo penal, como manifestación concreta del poder punitivo estatal, tiene entre sus finalidades la prevención general, es decir, influir en la conciencia colectiva de la sociedad mediante la generación de un sentimiento de temor o respeto hacia las normas jurídicas. La amenaza de sanción y su aplicación efectiva tienen por objeto disuadir no solo al infractor concreto (prevención especial), sino también a los potenciales infractores en general (prevención general), persuadiéndolos de que el delito no resulta conveniente.

La disuasión puede ser positiva, cuando fomenta la internalización voluntaria de la norma por parte de los ciudadanos (cumplimiento por convicción), o negativa, cuando se basa en el temor al castigo como mecanismo de inhibición del comportamiento delictivo. Así, la teoría de la prevención general negativa concibe el castigo penal esencialmente como un instrumento de disuasión social: mediante la imposición de penas visibles y efectivas, se busca crear en la población la percepción de que el delito será detectado y castigado, reduciendo así la incidencia de conductas ilícitas.

Autores penalistas como Franz von Liszt y, más modernamente, teóricos del Análisis Económico del Derecho Penal (como Gary Becker) han desarrollado enfoques que enfatizan la importancia de la disuasión en la reducción de la criminalidad, entendiendo el comportamiento delictivo como una elección racional basada en un cálculo costo-beneficio, donde el castigo actúa como un factor de incremento del costo esperado.

El propósito de este trabajo es promover la posibilidad de analizar las sanciones penales desde la perspectiva de la economía, sin entrar en discusiones sobre criminología, política criminal o sociología, presentando las concepciones provenientes de la Escuela Norteamericana de Derecho Penal y Economía, estableciendo el artículo

primordial de Gary Becker "Crimen y castigo: un enfoque económico" como referencia teórica para una hipótesis de sanciones penales eficientes.

Con sus postulados basados en la racionalidad del individuo, la eficiencia y el costo-beneficio, la investigación se centrará en las sanciones penales previstas en el Código Penal brasileño, donde se verificará cuáles se ajustan al modelo de eficiencia propuesto por Vilfredo Pareto, como sanciones penales óptimas.

Sin embargo, no se puede escapar al hecho de que la mayoría de los estudios de Derecho Penal y Economía se originaron en los Estados Unidos y cubren la realidad local, y que la mera importación de las conclusiones alcanzadas por los estudios empíricos realizados en ese contexto produciría un eco simplista y superficial, considerando el ejemplo brasileño. Así, el presente trabajo tiene como objetivo averiguar si las sanciones penales previstas en el Código Penal brasileño pueden ser consideradas racionales y equilibradas a través del método del Análisis Económico.

Para ello, utilizando bibliografía sobre derecho penal, se presentarán las sanciones penales previstas en el Código Penal Brasileño y se discutirán las penas privativas de libertad, las penas restrictivas de derechos y las multas, con comentarios sobre sus costos de ejecución, promoviendo la incursión de la visión económica en atención a los datos recogidos en los sistemas disponibles en el Departamento Penitenciario, en el Consejo Nacional de Justicia y en la Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Paraná.

A continuación, se aborda una aproximación entre el Derecho Penal y la Economía, delimitando los conceptos del Análisis Económico del Derecho, su evolución histórica y la demostración de una metodología para que el Análisis a través de la Economía resulte útil para el estudio del Derecho Penal. Con ello, tras mostrar los elementos necesarios para profundizar en la materia, podremos sumergirnos en la escuela del Derecho Penal y la Economía, con un estudio de la obra de Gary Becker, comprobando la posibilidad de reflexionar sobre el comportamiento de los individuos y su racionalidad, así como el efecto de las sanciones penales sobre la disuasión (que el Derecho Penal entiende como prevención general). Se delimitará la eficiencia en la línea de Pareto, para buscar la hipótesis del equilibrio de la sanción penal, es decir, la correcta aplicación de la respuesta al injusto con atención a no empeorar las condiciones del delincuente.

Por último, se procederá al análisis de la concepción económica de las sanciones penales, en cuya lógica el hecho delictivo se entiende como una transacción dentro de un mercado regulado por el ordenamiento jurídico penal, y la pena constituye el costo, en términos de utilidad esperada, que el agente asume al infringir las normas que disciplinan dicho mercado.

Utilizando los fundamentos de la economía, en particular la eficiencia de Pareto, el coste-beneficio y la racionalidad, el capítulo final se basa en una hipótesis de cómo las sanciones penales pueden modificar el comportamiento de los individuos en su decisión racional de participar en actividades delictivas, y se verificará la posibilidad de una sanción penal óptima en el contexto brasileño.

2. Análisis económico de las sanciones penales

Asumiendo que el Análisis Económico del Derecho Penal es una herramienta que tiene el potencial de solidificar un nuevo ángulo de observación del acto infractor y del comportamiento del individuo, es fundamental determinar las sanciones penales- especialmente las previstas en el Código Penal brasileño- que sean eficientes desde una perspectiva económica.

Para adentrarnos en este tema, era imprescindible presentar cómo la economía extrae sus conclusiones sobre la delincuencia y el delincuente, las decisiones racionales y las reflexiones sobre la disuasión como forma de prevenir los comportamientos delictivos. Con esto en mente, la economía considera las sanciones penales como una forma de fomentar el desequilibrio del coste en relación con el beneficio de maximizar el bienestar como resultado de la actividad delictiva. De esta forma, hacer accesible el concepto de pena a través de la economía es vital para el desarrollo de este trabajo.

Robert Cooter y Thomas Ulen (2010, p. 25) dejan claro que la economía ha proporcionado una teoría científica para predecir el impacto de las sanciones penales sobre el comportamiento. Para los autores, las sanciones se asemejan a los precios y, presumiblemente, las personas reaccionan a las sanciones de forma muy parecida a como lo hacen a los precios. La gente reacciona a precios más altos dejando de consumir ese producto; por lo tanto, reaccionan a sanciones penales más duras dedicándose menos a la actividad que antes era positiva. El objetivo de castigar la delincuencia es disuadir del daño intencionado, no compensarlo. Teniendo esto en cuenta, Cooter y Ulen (2010, p. 473) admiten que cuando la compensación civil es imperfecta, es necesario complementarla con sanciones penales.

Así, se entiende que la pena es el precio que hay que pagar por un delito cometido. La magnitud de la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito, y la desproporción es un error desde el punto de vista económico. Así pues, se dice que el delito se castiga en función del daño que causa a la sociedad y a la víctima. Desde el punto de vista económico, el interés del derecho penal se basa en la búsqueda de la reparación del daño causado y, cuando esto es imposible y para efectos disuasorios, la sanción penal se añade como un componente punitivo, con el efecto de inhibir la toma de decisiones racionales. En este sentido, Paulo César Busato (2013, p. 171) afirma que el derecho penal no es una solución para todos los males y no es la única forma de control social jurídico. El autor continúa diciendo que el derecho penal surge cuando hay ataques intolerables a los bienes jurídicos.

En este sentido, Gary Becker (1974, p. 13) se refirió a las sanciones penales como un coste que debe medirse monetariamente a través de la equivalencia del delito, al imponer multas, que el autor considera la sanción penal más eficiente. Asimismo, al referirse a las sanciones penales, Becker señala que los castigos no sólo afectan a los delincuentes, sino a toda una sociedad. Richard Posner (1985, p. 1206) afirma que el principal hecho que castiga el Derecho penal es la transferencia coactiva e involuntaria de riqueza o utilidad. Parte de la base de que la mayoría de los delincuentes potenciales son lo suficientemente racionales como para tener un efecto disuasorio.

Es necesario explicar un poco la diferencia entre las penas del Derecho civil y la indemnización. La indemnización en derecho civil tiene por objeto restablecer el bienestar de la víctima a expensas del autor del delito. Desde un punto de vista económico, las penas del Derecho penal empeoran la condición del delinquente sin beneficiar directamente a la víctima, y en algunos casos ignorando el beneficio de la indemnización. Una pena debe guardar relación con el daño causado por el acto delictivo y también como forma de inhibir al autor de cometer delitos.

Autores como George Stigler (1974, p. 57) creen que el tamaño y la severidad de las sanciones tienen un efecto disuasorio. Esta postura difiere de la defendida en este trabajo. El autor afirma que no cabe duda de que cuanto mayor sea la sanción, menor será la utilidad neta esperada para el posible infractor por la comisión de un delito determinado.

Cuando se trata de daños que implican dinero, Ulen y Cooter (2010, p. 472) ofrecen una definición estricta que ayuda a comprender la diferencia entre pena e indemnización. Los autores afirman que la indemnización perfecta es el valor monetario que hace a la víctima indiferente entre la lesión con indemnización o la ausencia de ambas. La pena pecuniaria es la suma que hace que el autor de la lesión prefiera la ausencia de lesión a tener la lesión con el pago de una suma.

Desde este punto de vista económico, se observa que el Derecho penal controla y prohíbe determinados comportamientos y sirve para garantizar que los individuos no perjudiquen intencionadamente a otros individuos, utilizando las sanciones como forma de cumplir y reafirmar estas prohibiciones. Cuando la indemnización es imperfecta, el derecho penal surge como un complemento necesario del derecho de responsabilidad civil.

A los economistas no les preocupan las funciones retributivas de la pena o la anomia, sino el objetivo de disuasión de los delitos y la aplicación subsidiaria del Derecho penal cuando la reparación del daño causado es imperfecta. Las sanciones penales sirven para internalizar los costes a la hora de tomar decisiones en la empresa criminal.

Las sanciones penales cumplen una función disuasoria al alterar el cálculo coste-beneficio de los potenciales infractores de forma que les facilita internalizar los costes que otros soportan debido a la actividad causante del daño.

(Fischer, 2014, p. 51). Así, si los precios afectan al comportamiento de un individuo, entonces, desde un punto de vista económico, la pena afectará al comportamiento de un individuo ante la certeza de la aplicación de la sanción penal.

Con ello, los economistas conceden un valor considerable al papel de las penas como inhibidoras de futuras actividades delictivas. Aunque algunos autores creen que la severidad de las penas es una fuente de inhibición, la mayoría de los investigadores abogan por penas económicamente eficientes. En vista de ello, la investigación se centra en las sanciones penales como forma de disuasión, siendo el punto óptimo la mejor asignación de recursos con la maximización de la inhibición futura de la práctica delictiva.

3. ¿Son las sanciones penales como los precios y los impuestos?

Basándose en un análisis de la doctrina económica del delito, la sanción penal es el precio que hay que pagar por infringir una norma penal. Si un individuo se siente inclinado a cometer un delito, entiende que existe un coste y el precio a pagar en caso de condena. La sanción es la recompensa por un comportamiento reprobable.

Las sanciones penales son similares a los precios en el sentido de que los individuos reaccionan ante precios más altos optando por no realizar una determinada transacción o cambiando su patrón de consumo cuando tienen la certeza de que existen mejores opciones coste-beneficio para el mismo producto, y las personas pueden replantearse un comportamiento ilegal cuando tienen la certeza de una sanción penal y realizarlo menos.

A través del lente de la economía, un individuo sólo será seducido a delinquir si el precio a pagar es relativamente bajo en relación con la ganancia esperada, o, como es central en esta investigación, si no hay certeza de una asignación de recursos que eleve el costo en detrimento del beneficio, es decir, si no hay plena certeza de la aplicación de la pena, afectando su esfera económica personal o su restricción de derechos y libertades. En este sentido, surge la posibilidad de que el individuo razonne sobre los costes que implica la comisión del delito.

4. ¿Es el delincuente quien mide el coste de las sanciones penales?

A partir del modelo propuesto por Gary Becker, los individuos toman sus decisiones de forma organizada y racional, es decir, respondiendo a determinados incentivos y condiciones, ya no buscando maximizar el placer y minimizar el sufrimiento como proponían Bentham y Beccaria, sino aumentar sus beneficios en relación con los costes que conllevan. Esto deja a la delincuencia como una actividad económica como cualquier otra.

Los modelos presentados para verificar el comportamiento humano se basan en la premisa de que "vale la pena", es decir, obtener un buen resultado fácilmente y en poco tiempo, es decir, la mejor asignación de recursos (tiempo), buscando el mayor beneficio esperado (ganancia esperada de la actividad). El mercado de la delincuencia se convierte en un sistema de incentivos, en el que sólo queda buscar posibles alternativas en las que el individuo se comporte de forma adversa a la delincuencia. La decisión racional pasa por el tamiz del instrumento económico del coste-beneficio.

Geraldo Brenner (2009, p. 16) sostiene que, si hay limitaciones, hay costes. Si los recursos son escasos, uno no puede hacer lo que quiere. Por lo tanto, uno debe perseguir sus propios intereses de manera eficiente. Por lo tanto, el individuo se ve obligado a decidir entre varias alternativas relevantes y elegir una de ellas. El coste de hacer algo es el valor de la mejor alternativa que se ha dejado de lado al tomar una decisión (también llamado coste de oportunidad). La noción de coste es un factor importante para comprender el comportamiento delictivo.

El autor pone un ejemplo de cómo el coste es asimilado y medido por el individuo a la hora de tomar una decisión racional, con la pregunta "¿hasta qué punto es interesante robar bancos en Brasil?". Desde esta perspectiva, se presenta la diferencia entre un profesor universitario y un atracador de bancos, donde la estructura de costes de sus actividades y sus posibilidades de ganancia son diferentes. El profesor universitario sigue enseñando mientras esta actividad sea interesante, considerando otras alternativas viables. Para él, no merece la pena ser atracador de bancos:

le faltan ganas, conocimientos y el coste de abandonar los principios morales. Además, podría perder su reputación si le pillan y le condenan, si una noticia de prensa le relaciona con actividades ilegales o si le fotografían mientras comete un delito. Para el profesor universitario, el riesgo no merece la pena: si quiere ganar dinero extra, se decidirá racionalmente por otras actividades legales (dar más clases, inversiones bancarias, etc.) (Brenner, 2009, p. 18).

Estos mismos principios son aplicados por el atracador de bancos: para dicho agente, la comisión del delito resulta una opción racional, toda vez que, considerando su bajo nivel de escolarización y la reducida posibilidad de obtener ingresos mediante actividades lícitas, la expectativa de beneficio supera el costo percibido de actuar conforme a la legalidad. No hay razón para mantener su reputación, porque su grupo acepta el delito. Además, los ejemplos negativos de su familia y del lugar donde vive demuestran que el delito es rentable o es la única alternativa para ganar dinero. La asignación de recursos es relativamente sencilla, basta con unas pocas unidades de mano de obra, unas pocas horas de planificación y el capital a emplear suele ser de unas pocas armas de fuego.

Con este ejemplo, podemos imaginar formas de aumentar el coste y la expectativa de maximizar los resultados obtenidos del delito, siendo una de ellas el aumento de la probabilidad de ser atrapado con la certeza de un castigo eficaz.

Si existe la certeza de un precio a pagar y con el pleno convencimiento del incremento del coste (certeza de la pena) en relación con el beneficio (ganancias de la práctica delictiva), el decisor racional se enfrenta a un cambio en su cálculo coste-beneficio, y existe un nivel de disuasión en su incursión ilícita.

Con el tiempo, los delincuentes buscarán nuevas alternativas y formas de vida, al verse disuadidos de asumir riesgos, optando por actividades dentro de la legalidad. La delincuencia se desalienta cuando los costes (certeza del castigo) son mayores que los beneficios.

Sin embargo, es importante comprobar si la cuantía de la sanción penal o su certidumbre de aplicación son más beneficiosas en términos de la disuasión esperada.

5. ¿Aumentar las penas significa reducir la delincuencia?

Partiendo de la base de que la sanción penal es un factor determinante en la ecuación coste-beneficio en la decisión de cometer infracciones penales, y sobre la base de gran parte de la literatura en Derecho Penal y Economía, es evidente que la certeza del castigo y la severidad de la pena son elementos disuasorios eficientes. Sin embargo, hay que pensar de otra manera.

Gary Becker (1974, p. 25) defendió la severidad de la pena, pero se mostró partidario de las multas y de su aumento como medio de disuasión eficaz. Para ello, modificó las configuraciones de las disposiciones matemáticas de forma que aumentara el coste (aumento del valor de la multa) en relación con el beneficio esperado del resultado de la infracción. Si el beneficio privado ilegal esperado es mayor que por medios legales, como contaminar el aire en detrimento de la legislación medioambiental, el daño social debe minimizarse "estableciendo castigos lo suficientemente elevados como para eliminar todas las infracciones".

Esta afirmación encontró la resistencia de Richard Posner (1985, p. 1207). El autor rebatió la afirmación de Becker señalando que el modelo implica castigar distintos delitos con la misma multa severa. Esta uniformidad, sin embargo, elimina el incentivo disuasorio de sustituir delitos de menor potencial ofensivo por delitos más graves. Por ejemplo, si el robo se castiga con la misma severidad que el asesinato, el ladrón también podría matar a su víctima para eliminar a un testigo. Así pues, uno de los costes de hacer más severo el castigo de un delito es que reduce el incentivo del delincuente para sustituirlo por otro más grave. Dicho de otro modo, reducir la pena por un delito menor puede reducir la incidencia de uno mayor. Si no fuera por consideraciones de disuasión marginal, los delitos más graves no siempre se castigarían más severamente que los menos graves.

La pena de muerte, siendo el más severo de los castigos, ya había sido resistida desde Cesare Beccaria (2015, p. 35), que defendió que la pena de muerte es aún más perjudicial para la sociedad por los ejemplos de crueldad que da a los hombres.

Inicialmente, los análisis de la aplicación de la pena de muerte identificaron un efecto disuasorio estadísticamente significativo. El primer estudio estadístico de este tipo fue realizado en 1975 por Isaac Ehrlich en su artículo "*The deterrent effect of capital punishment: a question of life and death*" (El efecto disuasorio de la pena capital: una cuestión de vida o muerte), que estimaba que una ejecución más al año disuade ocho asesinatos. Esto atrajo una considerable notoriedad y una profunda controversia porque la investigación de Ehrlich fue citada por el Tribunal Supremo de EE. UU. en el caso Gregg contra Georgia (428 US 153 Tribunal Supremo, 1976), que reintrodujo la pena de muerte en EE. UU.

El contrapunto al estudio de Erlich se certificó mediante investigaciones que indicaban que las ejecuciones no tenían ningún efecto sobre otras categorías de delitos, como agresiones, robos y delitos contra la propiedad. Los estudios han informado de que el impacto de la pena de muerte varía según los estados de EE. UU., reduciendo los homicidios en algunos y aumentándolos en otros. La pena de muerte tiene fuerza disuasoria en algunos estados, pero embrutece o fomenta la violencia visceral en otros (Levitt; Miles, 2006, p. 156).

Al examinar el tema, se descubrió que no existen investigaciones empíricas ni datos significativos que respalden la severidad del castigo como forma de inhibir el avance de la delincuencia. En este sentido, el esquema de Posner es más correcto. Ocurre que la literatura sobre el tema aboga por el aumento de las penas de forma que no se individualicen las conductas y los tipos de delitos, es decir, habría un aumento de las penas para todos los delitos con el fin de lograr un desequilibrio costo-beneficio, como adoptaron Gary Becker e Issac Ehrlich.

Al explorar este diagnóstico, se pretende ver si el efecto del aumento de la severidad de la pena como disuasivo está presente en la realidad brasileña. De esta forma, el análisis de los datos inherentes al delito de tráfico de drogas en la ciudad de Curitiba, estado de Paraná, puede llevar a una conclusión diferente de la propuesta al inicio de este tema, es decir, que la severidad de la pena no interfiere en la decisión racional de cometer la infracción penal típica analizada.

La atención prestada a los delitos de tráfico de drogas es importante para este ejemplo, ya que la Ley n. 11.343/2006 aumentó la pena en comparación con la legislación anterior. La pena mínima para el delito de tráfico de drogas se fija ahora en 5 años, frente a los 3 años establecidos en la Ley 6.368/1976.

Observando los datos recogidos, en 2016 hubo 1.051 registros de ocurrencia clasificados como tráfico de drogas en la ciudad de Curitiba. En 2017, se registraron 1.308 casos, un aumento del 24,45% con respecto al año anterior. En el período comprendido entre enero y junio de 2017, se registraron 557 incidentes relacionados con el tráfico de drogas. En el mismo período de 2018, se registraron 766 incidentes, un aumento del 37,52%. (Paraná, 2018).

Con esto, 19 años después de la entrada en vigor de la legislación, se puede ver que incluso con el aumento de la pena ha habido, en definitiva, un aumento en el número de incidentes registrados por la Policía Militar y Civil en el estado de Paraná relacionados con delitos penales. En consecuencia, desde el punto de vista económico, no se ha logrado la disuasión deseada con el aumento de la pena, aunque haya aumentado el número de presos, con un efecto más encarcelador que disuasorio eficaz de la comisión del delito¹.

Persiguiendo formas de disuasión en la comisión de delitos, estamos investigando cómo y qué sanciones penales pueden ser eficaces para proporcionar un incentivo negativo en el proceso de construcción del proceso de toma de decisiones en la participación de delitos penales.

¹En la última actualización disponible de "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN", en el Estado de Paraná, 6.153 personas se hallan privadas de libertad por el delito de tráfico de estupefacientes en 2024. En: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN.

6. Sanciones penales eficaces

Desde una perspectiva económica, las sanciones penales son necesarias para alcanzar los fines de la disuasión. Para disuadir a los individuos de delinquir, la legislación debe imponer penas proporcionales al beneficio neto esperado del delito para el delincuente. Las penas deben calibrarse para disuadir a los agentes que prefieren llevar a cabo el acto a pesar de su precio.

La eficacia de las sanciones penales no está relacionada con la severidad del castigo. Las consideraciones de eficiencia sugieren que, para un determinado nivel de gasto en la aplicación de la ley, la disuasión debería ser máxima. Dado que el coste de las sanciones penales depende de factores político-criminales (optar por más cárcel y más tiempo de encarcelamiento frente a la aplicación de penas pecuniarias, por ejemplo), el primer paso consiste en comprender qué es lo más perjudicial en un análisis coste-beneficio desde el punto de vista del delincuente potencial: un sistema de imposición de penas que garantice la certeza en cuanto a la cuantía y gravedad de la sanción, o un sistema en el que exista certeza sobre el castigo en su conjunto, es decir, una alta probabilidad de detección, captura, debido proceso penal y, como consecuencia, la aplicación de una sanción penal.

Una vez que se sabe cuál es el esquema que más favorece la decisión racional desde el punto de vista del delincuente de abandonar su compromiso con el delito, se observarán mayores efectos disuasorios. Observando el ejemplo brasileño demostrado a través del delito de tráfico de drogas, se observó que la severidad de la pena no se caracterizó como un efecto disuasivo primario; por el contrario, después de aumentar la pena mínima, hubo un aumento en la incursión de los individuos en la práctica criminal. Así, se abandona el modelo de la severidad del castigo como resultado del aumento de la disuasión en el molde brasileño. La certeza de detección y castigo es mucho más importante que la severidad del castigo.

En el enfoque brasileño, el infractor no tiene en cuenta la severidad de la pena y asume el precio del riesgo de su conducta, porque interioriza la incapacidad de detectar y tener certeza sobre la aplicación de una sanción penal. Este pensamiento va en contra de lo afirmado por Becker (1974, p. 13), quien creía que atestiguar que los infractores son más disuadidos por la probabilidad de condena que por la pena acaba implicando en el enfoque de la utilidad esperada que los infractores son preferentes al riesgo, al menos en la región relevante de las penas.

De este modo, la eficacia de las sanciones penales resulta de la certeza con que se aplican, suponiendo que la delincuencia es un mercado en el que hay que pagar un precio por cometer el delito típico. Si este coste de transacción supera el beneficio neto esperado, existe disuasión.

Keith Hylton (2005, p. 181), desde una perspectiva económica y con vistas a delimitar la eficiencia inherente a las sanciones penales, presenta 3 categorías para analizar las penas:

Categoría 1- (conducta siempre socialmente indeseable): Suponiendo que los costes de transacción son elevados (superan los costes de ejecución del delito), si la conducta del delincuente es siempre socialmente indeseable o inefficiente, en el sentido de que la ganancia del delincuente nunca es mayor que la pérdida de la víctima, la mejor forma de castigo es eliminar la perspectiva de ganancia del delincuente.

Categoría 2- (conducta potencialmente deseable desde el punto de vista social): De nuevo, suponiendo unos costes de transacción elevados, si la conducta del delincuente es potencialmente deseable desde el punto de vista social, en el sentido de que la ganancia del delincuente puede ser mayor que la pérdida de la víctima, la política óptima es fijar la pena en un nivel que internalice las pérdidas de la sociedad.

Categoría 3- (comportamiento de elusión del mercado): Si los costes de transacción son bajos, la mejor política de castigo es fijar la sanción al nivel de disuasión total o eliminación de la ganancia. El motivo es obligar a los infractores potenciales a utilizar el mercado.

La búsqueda de sanciones penales que puedan compensar el daño causado en lugar de crear costes adicionales es el reto al que nos enfrentamos. Cuando se plantea la exigencia de que los delincuentes "paguen su deuda con la sociedad", no se trata de que la severidad o el castigo cruel puedan estar impregnados de compensación y satisfacción social, sino de que el castigo pueda ser un factor negativo en las matemáticas de la toma de decisiones racionales, con un aumento de la disuasión.

Discutiendo la eficacia de las sanciones penales, Jesús-María Silva Sánchez (2004, p. 32) sugiere cuatro condiciones bajo las cuales la imposición de penas estaría justificada desde una perspectiva preventiva general:

- a) estas penas disuadirían a otras personas de cometer delitos contra la ley;
- b) evitar más sufrimiento del que causaría la propia infracción;
- c) no existe ninguna otra forma de castigo que sea tan eficaz y produzca menos daños
- d) la pena no es sustituible por otra medida con el mismo efecto preventivo y que cause menos sufrimiento

La delincuencia impone costes considerables a la sociedad, no sólo los costes directos (las pérdidas sufridas por el creciente número de víctimas), sino también los costes indirectos: los soportados por los individuos que intentan no convertirse en víctimas de la delincuencia y por los contribuyentes que financian las actividades del sistema de justicia penal (policía, tribunales, prisiones).

Siguiendo este camino, es importante verificar los ejemplos de cómo las sanciones penales pueden disuadir a los individuos, ya que aumentan el precio de entrar en el mercado delictivo.

7. Las sanciones penales como forma de coerción conductual

El contenido a tratar es uno de los preceptos fundamentales de la teoría económica del delito: la sanción penal y su efecto de coerción del comportamiento con vistas a la disuasión. Ésta se produce cuando el castigo de los responsables del delito señala a otros individuos que, si delinquen, también serán detenidos y condenados. El supuesto es que una mayor percepción del riesgo aumenta la variable de la ecuación relacionada con los costes de optar por el delito.

La visión económica de la teoría de la prevención general es rebatida por Winfried Hassemer (2005, p. 408), quien señaló que la teoría de la prevención general espera un *homo oeconomicus*, que no se guíe por reglas generales. Presupone que el autor potencialmente punible sopesa entre sí las ventajas y desventajas del acto malo y, de este modo, se desentiende de él, porque el sistema jurídico penal, con la amenaza del castigo y la ejecución de la pena, se ha asegurado de que no merece la pena.

Las decisiones de los delincuentes de participar en actividades ilegales presuponen un campo de acciones potenciales. Este campo incluye una amplia gama de actividades legales (cuyos costes y beneficios esperados se sopasan frente a las actividades ilegales) y otras actividades ilegales potenciales. En otras palabras, el coste de oportunidad de la actividad de un individuo se juzga frente a todas las actividades ilegales. El hecho de que tales decisiones tengan lugar dentro del ámbito restringido de las actividades ilegales sugiere que las decisiones de maximización de la utilidad se toman no sólo al comienzo de un delito, sino también a lo largo de su ejecución (Kramer, 1990, p. 400). De este modo, las penas pueden traducirse en incentivos negativos que disuadan a los delincuentes cuyo beneficio privado sea inferior al coste del delito.

Algunos mecanismos implican posibles respuestas conductuales como forma de combatir la delincuencia. La amenaza (o certeza) del castigo puede disuadir de cometer actos delictivos. En economía, este efecto se denomina disuasión, mientras que en derecho penal se denomina prevención general. Sea cual sea la etiqueta, el objeto de este tema es el efecto preventivo de la amenaza y la certeza del castigo, que se denomina disuasión (Nagin, 2013, p. 84). Otro mecanismo conductual se refiere al efecto de la experiencia del castigo sobre la reincidencia, denominado disuasión específica, que no se aborda en esta investigación.

La dogmática penal clásica, con Hassemer (2005, p. 403), a pesar de su incomodidad con el tema, señaló que la teoría de la prevención general del castigo es el viejo principio de que un hombre racional castiga sólo para prevenir males futuros, y no como respuesta a males pasados. El derecho penal presenta una solución al problema de la delincuencia mediante la amenaza del castigo. El autor argumenta que, a través de la amenaza de castigo, el hombre racional y calculador se ve sometido a una coacción que no actúa físicamente, como las cadenas que deberían

colocársele para prevenir con seguridad el delito, sino psíquicamente, bajo la simple constatación de que el delito castigado no se paga.

Por otro lado, desde la óptica de la teoría económica, la amenaza de pena se traduce en un estímulo negativo para que el decisor racional opte por el delito, y podemos añadir a la variable el incremento del coste por la certeza de la aplicación de la sanción penal. Desde este punto de vista, siguiendo la discusión de los temas anteriores, podemos sustituir el término “amenaza”, ampliamente utilizado por los teóricos del derecho penal, por el término “certeza”, otorgando a las sanciones penales un carácter disuasorio.

Iniciando el enfoque, teóricos del Derecho y la Economía, como Robert Cooter y Thomas Ulen (2010, p. 510), presentan cuatro beneficios sociales de las sanciones penales: disuasión, retribución, rehabilitación e incapacitación. Los autores cuestionan el sistema de justicia penal estadounidense, alegando que se basa exclusivamente en la prisión como incentivo negativo a la delincuencia y no utiliza las multas tanto como debería. Por ello es importante debatir la incapacitación y la disuasión desde una perspectiva económica.

La incapacitación se refiere al hecho de que, mientras están recluidos, los delincuentes no pueden cometer delitos. Aunque no disuada ni rehabilite, la prisión puede reducir los índices de delincuencia al incapacitar a los individuos por acciones contrarias al derecho penal. Sin embargo, hay que ser prudente con esta afirmación, porque en ciertos delitos el autor puede ser sustituido por nuevos delincuentes. Por ejemplo, si el encarcelamiento de un autor de tráfico de drogas da lugar a la sustitución inmediata de otro autor, entonces la incapacitación no reduce la cantidad de drogas vendidas. En términos técnicos, la incapacitación tiene la máxima eficacia en la reducción de la delincuencia si la oferta de delincuentes es inelástica. En general, la oferta inelástica es el resultado de un factor fijo de producción, es decir, la incapacitación sería eficaz en el caso de un asesino en serie, un delincuente sexual en una determinada región o un individuo que comete delitos informáticos con habilidades específicas, por ejemplo.

Sin embargo, Daniel Kessler y Steven Levitt (1999, p. 344) han demostrado que una importante deficiencia asociada a casi todos los análisis empíricos es la dificultad para distinguir entre disuasión e incapacitación. Mientras el principal medio de castigo sea el encarcelamiento, los cambios políticos que aumentan el castigo esperado por el delito conducen a una mayor disuasión e incapacitación. En consecuencia, la mayoría de las pruebas empíricas de disuasión son, en la práctica, pruebas conjuntas de disuasión e incapacitación. Por ejemplo, las reducciones de la delincuencia asociadas con el aumento de las tasas de detención o el aumento de la población carcelaria son coherentes con la presencia de disuasión, incapacitación o ambas.

En una investigación publicada, los autores presentaron un intento de método que diferenciaba entre la incapacitación y la disuasión provocadas por el encarcelamiento y las sanciones penales en general². En un análisis de la Proposición 8, aprobada en el estado de California en 1982, que preveía un aumento gradual de la pena en caso de reincidencia en determinados delitos (robo, violación, homicidio, allanamiento de morada y agresión con arma), con la posibilidad de establecer la pena de muerte en caso de tercera reincidencia (three strikes), se demostró una reducción inmediata del 4% de los delitos calificados en el año siguiente a la aprobación de la propuesta. Esto demostró empíricamente el efecto disuasorio de las sanciones penales en detrimento de los efectos incapacitantes del encarcelamiento.

Con ello, el modelo económico sugiere que la disuasión surge cuando el coste de una transacción voluntaria es mayor que los costes de ejecución generados por un delito, y el beneficio del delincuente es probablemente mayor que el perjuicio de la víctima. La disuasión mediante sanciones penales consiste en disuadir de la comisión de delitos aumentando el coste de la transacción (comisión del delito, tiempo empleado, beneficio esperado).

²California aprobó la primera legislación de tres strikes del país a través de una iniciativa ciudadana en 1994. La medida fue aprobada con el 72% de los votos, en gran parte como reacción al asesinato de Polly Klaas, una niña de 12 años. Polly Klaas, que fue secuestrada de una fiesta de pijamas y asesinada por un delinquiente violento que había estado recientemente en libertad condicional. La ley de los tres delitos, aprobada en 26 estados, exige un aumento significativo de la pena cuando un delinquiente es condenado por su tercer delito. Normalmente, los dos primeros delitos deben ser violentos o graves, pero el tercer delito, que activa la ley, no tiene por qué ser violento o grave. El sentido de las leyes es que quien comete un tercer delito es un "delinquiente habitual" y está demostrado que no le disuaden las sanciones penales. Por eso, en California, la condena por el tercer delito suele ser cadena perpetua

Silva Sánchez (2004, p. 22) considera que, si el delincuente no es en modo alguno racional, la prevención mediante la creación de normas carece de sentido (la prevención, sin embargo, es el aspecto más característico, y más liberal, del Derecho penal), quedando sólo la prevención técnica, así como la prevención especial mediante tratamiento o inocuización. En otras palabras, no es razonable imponer sanciones inútiles a quienes no las tienen en cuenta a la hora de tomar sus decisiones.

La disuasión, bajo premisas económicas, es por tanto una influencia en la elección en la que los delincuentes pueden equilibrar los beneficios y los costes del delito. Los beneficios pueden ser pecuniarios, como en el caso de los delitos contra la propiedad, pero también pueden implicar beneficios intangibles, como defender el honor, expresar indignación, demostrar dominio, cimentar una reputación o buscar una emoción. Los costes potenciales del delito son variados y pueden implicar el riesgo personal de ser detenido, encarcelado y condenado, la imposición de sanciones penales o si la víctima reacciona atentando contra su integridad física. También puede invocar el malestar moral y de conciencia o incluso la vergüenza.

Sobre la base de lo expuesto hasta ahora, la certeza del castigo es un elemento disuasorio desde el punto de vista económico, más allá de la severidad o cantidad de la pena a aplicar. Así, la racionalidad de aplicar sanciones penales en la búsqueda de la disuasión se enfrenta al problema de sus costes de aplicación.

8. Posible nivel óptimo de disuasión: la certeza de la aplicación de la sanción penal supera la severidad de la pena

La certeza de la aplicación de sanciones penales es una fuente o indicador de estímulos agresivos en el marco del concepto de equilibrio entre estímulos gratificantes y aversivos. Algunas pruebas empíricas han incluido en sus análisis medidas de "disuasión formal" (probabilidad percibida de ser capturado por la policía). Se utiliza el término "disuasión" porque las medidas se referían únicamente a la probabilidad percibida de castigo. Los investigadores que utilizan el concepto de disuasión han incluido otras variables que miden las consecuencias gratificantes y aversivas y el equilibrio de reacciones positivas y negativas. Estas variables, por el contrario, tienen fuertes efectos, como en el ejemplo de la certeza de la aplicación de sanciones penales a través del conocimiento de la información, es decir, el individuo racional dispone de la información necesaria para saber que cometer el delito conllevará un resultado negativo, en detrimento de un beneficio maximizador (Akers, 1990, p. 658).

La disuasión del delito puede salvar a las víctimas de la imposición de daños y perjuicios intencionados, pero también debe analizarse el efecto sobre el delincuente. Si éste no obtiene ningún beneficio por cometer el delito, no cometerá una infracción penal típica. Para calcular el beneficio neto de la disuasión, debemos restar la ganancia que el delincuente habría obtenido del delito de la pérdida que el delito habría impuesto a la víctima. ¿Cómo se mide la ganancia de un delincuente? No preguntándoselo, sino observándolo. Cometerá un delito si y sólo si su valor para él es mayor que la certeza del castigo que espera por cometerlo (Friedman, 2000, p. 227).

Nagin (2013, p. 85) muestra que existe mucho más apoyo empírico para el efecto disuasorio de los cambios en la certeza de la sanción que de los cambios en la severidad de la sanción. Una explicación de lo que el autor denomina el "efecto certeza" procede de la teoría criminológica, que pone al menos tanto énfasis en el efecto disuasorio de los costes de las sanciones informales como en el de los costes de las sanciones formales. Los costes de las sanciones informales son costes distintos de los que conlleva la imposición de sanciones formales, como la pérdida de libertad o las multas, e incluyen la censura de amigos y familiares y la pérdida de prestigio social y económico. Es importante subrayar que la magnitud de los costes informales puede ser en gran medida independiente de la gravedad de las consecuencias legales. El mero hecho de ser detenido por cometer un delito puede desencadenar la imposición de sanciones informales.

Después de algunos análisis económicos sobre la disuasión, las pruebas que apoyan el efecto disuasorio de diversas medidas de certeza del castigo son mucho más convincentes y coherentes que la severidad del castigo. Sin

embargo, la certeza del castigo es conceptual y matemáticamente el producto de una serie de probabilidades condicionales y concatenadas, como la probabilidad de captura en respuesta a la comisión de un delito, la probabilidad de enjuiciamiento dada la captura, la probabilidad de condena tras el enjuiciamiento y la probabilidad de aplicación de la sanción penal adecuada tras la condena. Las pruebas en apoyo del efecto disuasorio de la certeza se refieren casi exclusivamente a la probabilidad de aprehensión con la consiguiente aplicación de una sanción.

La conclusión de que la certeza y no la gravedad de la sanción penal es el elemento disuasorio más eficaz y la condición de la prevención se enuncia con mayor precisión como la certeza de la aprehensión del agente y la debida aplicación de la pena y no la gravedad de la consecuencia jurídica resultante de la aprehensión. Beccaria (2015, p. 104) convergió en la comprensión de la prevención. Afirmó que sería mejor prevenir los delitos que castigarlos y que los legisladores deberían tratar de prevenir el mal en lugar de repararlo, proporcionando a los individuos el mayor bienestar posible, preservándolos de todos los sufrimientos posibles.

Volviendo al ejemplo brasileño, los cambios legislativos para aumentar la severidad de las penas no han tenido un impacto disuasorio significativo en la comisión de delitos, según los datos analizados sobre la Ley de Drogas. El aumento de la severidad de las penas no ha logrado disuadir o reducir significativamente los índices de criminalidad, pero ha sido decisivo para contribuir al aumento de la población carcelaria.

En este flujo analítico, surgen preguntas sobre la racionalidad de las penas privativas de libertad.

9. El coste de la condena: ¿es racional la imposición de régimen cerrado para cumplir la pena

El ordenamiento jurídico define las sanciones penales legalmente disponibles para castigar los delitos y la forma en que deben ejecutarse. Dependiendo del delito y de las características de los delincuentes, como su edad o sus antecedentes penales, las sanciones disponibles varían en severidad, desde la restricción de derechos hasta largos períodos de encarcelamiento.

La racionalidad económica presupone que los actos de voluntad se dirigen a maximizar el bienestar, teniendo en cuenta los costes y tratando de aumentar el beneficio esperado. Por lo tanto, a partir de los conceptos económicos expuestos anteriormente, debemos reflexionar sobre la racionalidad del encarcelamiento. Nagin (2013, p. 09) aborda el problema analizando el comportamiento de los delincuentes en relación con los costes de la imposición de sanciones penales, como el encarcelamiento, los costes del encarcelamiento, la ejecución, las multas y otras restricciones de derechos como las pruebas obligatorias de drogas o la vigilancia electrónica.

No se puede eludir el hecho de que, en algunos casos, el encarcelamiento (inocuización, incapacitación) es necesario como forma de respuesta social y retribución (precio) por la gravedad del delito cometido. En el ejemplo brasileño, es bien sabido que la mayoría de los que cometen delitos proceden de entornos de bajos ingresos y que, en ciertos casos, la aplicación de sanciones penales que implican la transferencia coercitiva de dinero es ineficaz. Muchos delincuentes son demasiado pobres para pagar una multa acorde con la gravedad de sus delitos. En la jerga económica, se dice que el encarcelamiento permite que la sanción penal escape a la restricción de la quiebra del delincuente (Cooter; Ulen, 2010, p. 492).

Bajo el prisma de la economía, las multas y las restricciones de derechos son baratas para el Estado, por lo que el encarcelamiento resulta costoso. La siguiente afirmación sale a la luz: rara vez tiene sentido encarcelar a alguien hasta que el Estado agota primero su capacidad de multar al infractor o restringir sus derechos. Si el Estado viola esta regla y encarcela a alguien con capacidad para pagar una multa, el Estado podría haber ahorrado dinero a los contribuyentes y haber mantenido constante la disuasión aumentando la multa todo lo posible y reduciendo la pena de prisión en una cantidad compensatoria.

La lógica carcelocéntrica se apoya en el hecho de que la privación de libertad tiene como objetivo restringir la libre circulación y la retirada del "tiempo" de la vida del condenado, en detrimento de una lógica que podría promover la retirada de sus bienes, derechos y valores pecuniarios, y aún así tener el carácter de disuasión.

Sujetas a ciertos criterios para su aplicación, como los antecedentes penales y la cuantía de la pena impuesta, el Código Penal brasileño ofrece penas restrictivas de derechos y multas como forma de sanción penal. En una primera hipótesis, estas penas se basan en la racionalidad económica entre el coste de su aplicación y el beneficio esperado de la imposición de la sanción penal.

Los costes sociales del encarcelamiento incluyen los costes directos de construcción, mantenimiento y dotación de personal de los centros penitenciarios y los costes de oportunidad de la pérdida de productividad y la posible generación de indemnizaciones por daños y perjuicios por parte de los presos. En temas anteriores, ya se ha explicado que la severidad de las sanciones penales no está relacionada con la disuasión o la reducción de la delincuencia. Por lo tanto, en el ejemplo brasileño en el que la privación de libertad es la pena más severa, en un análisis económico, sólo tendría sentido extender el uso de la restricción de libertad si el condenado pudiera generar ingresos equivalentes a los costes de su mantenimiento durante su estancia en prisión.

Se cree que un sistema judicial eficiente no recurrirá al encarcelamiento. Los acusados que puedan pagar multas serán multados, porque las multas son más eficientes que el encarcelamiento. A los acusados que no puedan pagar multas se les privará de ciertos derechos, con probabilidades escalonadas en función de la gravedad del delito.

La estrategia de aumentar el coste de la comisión de delitos mediante el encarcelamiento se adopta a gran escala. Si observamos el Código Penal brasileño en sus capítulos sobre delitos contra la propiedad (Título II- Delitos contra la Propiedad: art. 155 a 183), de los 27 tipos de delitos penales, 13 se castigan con penas de prisión.

Un estudio realizado en Brasil sobre el delito de homicidio no demostró que el encarcelamiento como forma de aumentar el costo de la decisión de cometer un delito tenga influencia real en la disuasión o reducción efectiva de la tasa de homicidios cometidos. Para ello, se verificó empíricamente si existe un efecto del encarcelamiento sobre los delincuentes homicidas en el país, evaluando la relación entre el número de individuos detenidos y condenados por homicidio o robo y las tasas de homicidio (Gaulez; Ferro, 2018, p. 294).

Basándonos en el enfoque económico, por tanto, no se utilizará ninguna pena si existe otra que sea igualmente óptima, es decir, que cumpla su función sancionadora sin empeorar la condición del infractor, ya que siempre podemos hacer que el sistema sea más eficiente sustituyendo una pena más alta por una menor probabilidad de imposición. Esto demuestra que los responsables políticos pueden buscar formas de aumentar la capacidad de los infractores para pagar las multas y fomentar medidas alternativas a la cárcel mediante una legislación eficiente (Ramos, 2021, p. 115).

Siempre que haya una reducción de los costes (costes de sufrimiento humano, posibilidad de desocialización y coste estrictamente económico del mantenimiento del encarcelamiento) y se mantenga el nivel de disuasión, habría una cierta racionalidad económica en prever un aumento de las penas alternativas al encarcelamiento. De esta forma, tras el estudio económico de las penas y sus finalidades, se busca la hipótesis de la configuración de las sanciones penales óptimas.

10. Consideraciones Finales

En vista de lo anterior, se encontró que la economía proporciona subsidios para una forma alternativa de verificar la ley y actúa como una forma de ampliar el ámbito académico en la investigación del derecho penal.

La posibilidad de analizar e investigar el Derecho penal a través de los fundamentos de la economía ha demostrado ser posible para proporcionar una nueva forma de entender las sanciones penales desde el punto de vista de los postulados económicos.

Es bien sabido que el estudio del Derecho Penal es rígido y se basa en la solidez de la legalidad, con miradas recelosas cuando se introducen nuevas posibilidades argumentativas y de investigación. Sin embargo, la economía ha

proporcionado al Derecho Penal una variada opción de estudio, verificando el delito como un mercado donde sus actores buscan maximizar sus beneficios. Las sanciones penales, en cambio, son precios por pagar por cometer externalidades contrarias a las leyes penales.

A través del análisis económico, fue posible dar una nueva mirada a las sanciones penales para hacer frente a la irracionalidad de las penas privativas de libertad y dar una nueva perspectiva a las penas restrictivas y a las multas como formas eficaces de reprimir a las personas.

Buscamos hipotetizar sanciones penales previstas en el Código Penal brasileño que puedan ser eficientes, dotadas de su finalidad disuasoria y manteniendo bajos costos para su imposición, preocupándonos con la respuesta estatal a través de sanciones penales en atención a la infracción penal típica cometida, sin embargo, que puedan enfocarse en no empeorar la condición del acusado, teniendo el equilibrio necesario, o sea, su nivel óptimo.

De esta forma, la severidad de la pena (penas privativas de libertad) no reflejaba una relación con la disuasión en la decisión racional de cometer delitos; sin embargo, la certeza de la aplicación, incluso de penas alternativas a la prisión, de la sanción penal como forma de alterar el comportamiento del individuo en su convicción de análisis coste-beneficio demostró ser eficiente.

Se puede concluir, por lo tanto, que nuevas perspectivas de estudio y análisis del Derecho Penal son importantes para verificar alternativas de tratamiento de las nuevas realidades jurídicas y económicas, especialmente las modernas reflexiones sobre las formas de punición en la época contemporánea. Los fundamentos de la economía utilizados a través del método del Análisis Económico del Derecho son viables para investigar estas alternativas.

6. Referencias

- AKERS, Ronald Louis. Rational Choice, Deterrence, and Social Learning Theory in Criminology: The Path Not Taken. En: **Journal of Criminal Law and Criminology**. v. 81, n. 3, 1990.
- BECKER, Gary Stanley. Crimen y castigo: un enfoque económico. En: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (eds.) **Essays in the economics of crime and punishment**. 1974, p. 01-54.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2^a ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.
- BENTHAM, Jeremy. **The rationale of punishment**. Londres: Robert Heward, 1830.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940.
- BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN**. Disponible en <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiODVhODQ0ZTctYzkyZS00YmRmLWFiNjItYzVmNWRkMThjMTgyliwidCl6ImViMDkwN-DlwLTQONGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>, consultado el 23 de junio de 2025.
- BRENNER, Geraldo. **Entendendo o comportamento criminoso: educação, ensino de valores morais e a necessidade de conter o comportamento criminoso: uma contribuição da teoria econômica e uma mensagem para nossas autoridades**. Porto Alegre: AGE, 2009.
- BRUNO, Aníbal. **Das Penas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Río, 1976.
- BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2013.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010.
- EHRLICH, Isaac. Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation. En: **Journal of Political Economy**, Vol. 81, n. 3, 1973, p. 521-565
- EHRLICH, Isaac. Crime, Punishment and the Market for Offences. En: **The Journal of Economic Perspectives**. Vol. 10, n. 01, 1996, p. 43-67.
- EHRLICH, Isaac. Capital Punishment and Deterrence: Some Further Thoughts and Additional Evidence. En: **Journal of Political Economy**, Vol. 85, n. 4, 1997, p. 741-88
- FISCHER, Talia. Análisis Económico del Derecho Penal. En: **Manual de Derecho Penal de la Universidad de Oxford**. Oxford University Press, 2014.
- FREEMAN, Richard Barry. The Economics of crime. En: **Handbook of Labour Economics**. v. 3, 1999.
- FRIEDMAN, David Director. **Law's order: what Economics has to do with law and why it matters**. Princeton University Press, 2000.

GAULEZ, Maiara Patti; FERRO, Andrea Rodrigues; MOREIRA, Gustavo Carvalho. O efeito do encarceramento de criminosos de homicídio sobre a taxa de homicídios no Brasil. En: **Revista de Análise Econômica do Direito**. v. 9, nº 2, p. 288-307, mayo-agosto, 2018.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Editora Fabris, 2005.

HAY, George. **The past, present, and future of law and economics**. Disponible en: <<http://press-files.anu.edu.au/downloads/press/p82181/pdf/article08.pdf>>. Consultado el 23 de junio de 2025.

HYLTON, Keith. **The theory of punishment and the economics of criminal law**. Boston University School of Law, p. 02-17, January 2005.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. **Judgement under uncertainty: Heuristic and biases**. Science, New Series, v. 185, n. 4157. sep. 27, p. 1124-1131, 1974.

KESSLER, Daniel; LEVITT, Steven. **Using sentence enhancements to distinguish between deterrence and incapacitation**. Journal of Law and Economics. vol. 42, 1999.

KIRSTEIN, Roland. Derecho y Economía en Alemania. En: **Encyclopedia of Law and Economics**. BOUCKAERT, Boudewijn y De GEEST, Gerrit (eds.), Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

KRAMMER, Samuel. **An Economic analysis of criminal attempt: Marginal deterrence and the optimal structure of sanctions**. The Journal of Criminal Law & Criminology. vol. 82, n. 02, 1990.

LEVITT, Steven; MILES, Thomas. Economic Contributions to the Understanding of Crime. En: **Annual Review of Law and Social Science**, vol. 2, 2006, p. 147-164.

NAGIN, Daniel Steven. Deterrence: A review of the evidence by a criminologist for economics. En: **Annual Review of Economics**. p. 83-105, 2013.

NAGIN, Daniel Steven. Deterrence in the 21st century. En: **Crime and Justice in America: 1975-2025**. University of Chicago Press, p. 199-264, 2013.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado. **Plano anual de fiscalização – 2017 – Sistema Carcerário**. Publicado: mar/2018. Disponible en <<https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2018/4/pdf/00326635.pdf>>. Consultado el 23 de junio de 2025.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economía política**. vol. 1. 3^a ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. Public enforcement of law. En: **Encyclopedia of Law and Economics: The Economics of Crime and Litigation**. Bouckaert, Boudewijn y De Geest, Gerrit (eds.), Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**. Harvard Law School John M. Olin Centre for Law, Economics and Business. Discussion Paper Series, Paper 536, 2005.

POSNER, Richard Allen. **An Economic Theory of Criminal Law**. 85 Columbia Law Review, 1985. p. 1193-1231.

POSNER, Richard Allen. **Economic Analysis of Law**. 6^a ed. New York: ASPEN Publishers, 2003.

PYLE, David. **Cortando os custos do crime: a economia do crime e da justiça criminal**). Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000.

RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Análise Econômica do Direito Penal**: O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia. Porto: Artelogy, 2021.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROWLEY, Charles. An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003. En: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. **The Origins of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos de Direito e Economia: Micro, Macro e Desenvolvimento**. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017.

SHAVELL, Steven. **Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent**. Columbia Law Review, 85 (6), 1985, p. 1232-1262.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a economia do crime no Brasil: um resumo de 10 anos de pesquisa. En: **Revista de Análise Econômica do Dírito**. v. 1, n. 2, jul-dic, 2010, p. 318-336.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficácia e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004.

SUNSTEIN, Cass Robert; JOLLS, Christine; THALER, Richard. **A Behavioural Approach to Law and Economics**, 50 Stanford Law Review, 1998, p. 1471-1550.

SUNSTEIN, Cass Robert. **Cognition and cost-benefit analysis**. John M. Olin Programme in Law and Economics Working Paper n. 85, Chicago: University of Chicago Press, 1999.

STIGLER, George Joseph. The Optimum Enforcement of Laws. En: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (eds.). **Essays in the economics of crime and punishment**. 1974.

SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. En: **Revista de Direito Mercantil**, nº 144, out./dez., 2006.

VON LISZT, Franz. **A ideia do fim no Direito Penal**. São Paulo: Rideel, 2005.

ULEN, Thomas Shahan. The Economics of Corporate Criminal Liability. En: **Managerial and Decision Economics**, Vol. 17, No. 4, Special Issue: Corporate Crime, 1996, p. 351-362.

Editor Responsável: Anna Luisa Walter de Santana